

刑罰論の概念的・方法論的考察（1） ——相対的応報刑論の再検討——

十 河 隼 人

序 論

- 1 本稿の問題意識と目的
 - 2 問題状況：相対的応報刑論をめぐる概念的混乱
 - I 刑罰論が問うべき諸問題の明確化：タドロスの議論を参照して
 - 1 刑罰の直接的正当化と深層的正当化
 - 2 刑罰正当化における「積極的理由」と「消極的理由」の概念
 - 2-1 「限定づけるものは根拠づける」という命題の意味
 - 2-2 「刑罰の深層的正当化」という契機を認めることの理論的意義
(以上、本号)
 - 3 問うべき諸問題の定式化：倫理学的態度決定・直接的正当化・深層的正当化
 - 3-1 「非帰結主義」の三つの類型
 - 3-2 刑罰論の基本図式
 - II 相対的応報刑論の再検討：どの相対的応報刑論が最も「有望」か？
 - 1 応報刑論と目的刑論：目的刑論における「目的」概念の意義
 - 2 相対的応報刑論の諸類型とその有望性
 - 2-1 相対的応報刑論の課題
 - 2-2 応報型と抑止型、および非難抑止型と威嚇抑止型
(以上、71巻2号)
- 結論と展望

序 論

1 本稿の問題意識と目的

量刑(基準)論は、刑罰(正当化)論に関する一定の態度決定を前提とする。したがって、量刑基準論における「(犯行)均衡説」⁽¹⁾に着目し、その擁護と展開を目指す筆者は、刑罰論⁽²⁾に関して一定の態度を決定する必要がある。しかし、筆者の見立てでは、わが国の刑罰論は、「いかなる刑罰論が正しいか」という問題以前に、各々の立場をめぐる概念的な問題(例えば、「相対的応報刑論は正しいか」という以前に、それはいかなる立場であるのかという問題)に関して更なる明確化の余地を残しており、かつ、それと関連して、「刑罰論はいかなる諸問題を問うべきなのか(問おうとしているのか)」というメタ的な⁽³⁾方法論的な問題に関する整理・検討を充分に行ってきたいない。これが本稿の問題意識である。

その上で、本稿の目的は次の通りである。第一に、刑罰論が問うべき諸問題(達成しようとする諸課題)を整理・明確化する。その際には、英米圏における議論、特に、イギリスの刑法哲学者であるヴィクター・タドロス(Victor Tadros)による整理を参照する(本稿Ⅰ)。第二に、こうして得られた視座に照らして、まず、わが国における刑罰論の基本的立場であるところの「応報刑論」と「目的刑論」を取り上げ、それらはどのような主張を試みる理論であり、両者の境界線はどこにあるのか、ということを検討する。その上で、応報刑論と目的刑論の中間に位置する「相対的応報刑論」を改めて整理・検討し、この理論には未だ、その延長線上で、刑罰論の重要課題を解決しうるポテンシャルを見出すことができることを示す(本稿Ⅱ)。そうすることで、刑罰正当化論の(少なくとも、一つの)究極的課題と云々ところの「責任と予防」の相剋を解決するための展望を、従来とは異なった視点から、ある程度照らし出すことができるものと思われる。これが、本稿の最終的な目的である。

以上が本稿の問題意識と目的であるが、このような問題意識が持たれるべき理由は、まだ述べていない。すなわち、この問題意識は、「従来の刑罰論には何らかの問題が存在し、かつそれは、刑罰論の概念的・方法論的考察が不十分であることに起因する」という認識を前提とするところ、それでは一体何が問題なのか、ということをも未だ述べていない。そこで以下では、概念的・方法論的考察によって解決されるべき刑罰論の問題（さしあたり「問題状況」と呼称する）を概略的に示しておく。そしてそれは、相対的応報刑論をめぐる、概念的混乱というべき状況に最もよくあらわれている。

2 問題状況：相対的応報刑論をめぐる概念的混乱

相対的応報刑論⁽⁴⁾はわが国の刑罰論における通説であるといっても、少なくとも今はまだ、誤りではないであろう。ただし、通説とはいっても、大いに疑われている通説である。相対的応報刑論と対抗的な位置にある近年の新たな理論潮流を大まかに分類すれば、「積極的一般予防論」⁽⁵⁾、「応報刑論のルネサンス」⁽⁶⁾、そして「表明的刑罰論」⁽⁷⁾が挙げられよう。中でも特に、積極的一般予防論は多くの注目と支持を集めているように思われる。

ところで、相対的応報刑論と、その有力な対抗馬である積極的一般予防論の典型的主張を比較すると、両者の対立点は明確であるようにみえる。量刑論との関係性を視座に据えつつ、簡潔に整理すれば次のようになる。

まず、相対的応報刑論（の現代における標準的形態）⁽⁸⁾は、刑罰の犯罪予防目的と応報目的をともに考慮する二元論であり、具体的には、目的刑論を基調としつつ、それを応報の要請によって消極的に制約する。この制約がもたらす重要な帰結の一つとして、（量刑における）消極的責任主義がある。それによれば、一方で、責任相当刑の範囲を超えて刑罰による犯罪予防目的が追求されることはないために、いわば予防刑の暴走を防ぐことができ、他方で、責任は刑罰を根拠づけるという主張にコミットしないでおくことができる。責任の刑罰根拠づけ機能をなぜ肯定できないかといえ、それは不当な

絶対的応報刑論の(部分的)肯定に至ると考えられているからである。逆に言えば、以上の脈絡のみからは、責任相当刑の「下限」は導かれえない。なぜなら、責任に刑罰根拠づけ機能を認めない以上、それが「最低限科すべき刑」を要請する理由はないからである。このような相対的応報刑論が抱える刑罰論上の問題はもちろん、予防目的を応報の観点から制約できることの根拠の所在である。換言すれば、「(消極的) 応報」あるいは「(消極的) 責任主義」という横からの制約はいかにして根拠づけられるのかという問題である。⁽¹⁰⁾

積極的一般予防論(正確には、実証的なタイプのそれ)⁽¹¹⁾は、処罰を通じた「国民の規範意識の維持・覚醒」ないし「司法に対する国民の信頼の維持」を目的とする一元論である。その眼目は、「責任に応じた刑罰が正しいと感じられる刑罰であって、もっともよく規範予防の目的を果たす」⁽¹²⁾という経験的命題によって、目的刑論の前提と、責任相当刑(応報刑)の枠内に収まった処罰という帰結とを両立させる点にある。この見解を量刑論に反映させると、責任の刑罰根拠づけ機能は、それが積極的一般予防効果を実現することを理由に肯定される(つまり、これを肯定しても絶対的応報刑論の主張にコミットしたことにはならない)⁽¹³⁾。したがって、責任は刑罰の上限のみを画するという発想も導かれえない。むしろ上述した通り、責任に応じた刑を科すべきであるという制約は、積極的一般予防目的そのものに内在しているということになるのである。⁽¹⁴⁾このような積極的一般予防論に対する批判は、次の三点に整理される。⁽¹⁵⁾第一に、経験的問題として、積極的一般予防効果は実証困難である。⁽¹⁶⁾第二に、規範的問題として、特に量刑上の帰結との関係で、責任主義に期待されるべき予防刑制約機能を維持しえない。別の言い方をすれば、「(規範的に) 正しい」刑と「正しいと感じられる」刑とは異なっているのであって、前者の観点から国民の処罰感情に歯止めをかける理論的契機をもっていない。⁽¹⁷⁾第三に、これも規範的問題として、被処罰者は(積極的一般予防) 目的を達成するための手段として扱われることになってしまう、とも

⁽¹⁸⁾
いわれる。

しかしここで、改めて両理論の対立点（相互排他性）を明確化しようと試みると、むしろ両者は、それぞれ異なる論点に関する各自の回答を主張しているだけであることがわかる。つまり、相対的応報刑論と積極的一般予防論は、必ずしも相互排他的な理論ではない。

まず相対的応報刑論をみると、その主張の核心は、「たとえ刑罰が犯罪予防に役立つとしても、それは応報（これが責任と等式で結ばれることは自明でないが、しばしば前提とされる）によって規範的に制約されなければならない」というものである。つまりその構造は、刑罰が有する経験的機能を規範的に制約する、という二段構えの形をとる。中でも力点が置かれるのは、第二段階の部分、すなわち、刑罰に対する規範的制約の必要性である。それは、仮に刑罰に犯罪予防効果があったとしても、犯罪予防目的のみを追求する場合には無制約な重罰化が要請されるはずであるという経験的仮説を前提として、それゆえ予防刑には応報による（消極的な形で）規範的制約が必要である、というように議論を展開するのである。これに対して、（上述した限りでの）積極的一般予防論が主題とするのは、刑罰の予防効果に関する経験的仮説だけである。つまり、その主張の核心は、「刑罰の予防効果を追求しても、無制約な重罰化が招来されるわけではない。なぜなら、無制約な重罰化はむしろ、国民の司法に対する信頼を毀損することで国民の遵法性の低下を招き、したがってかえって刑罰の予防効果を減殺するからである」という経験的仮説にある。その一方で、積極的一般予防論は、そのような予防効果を有する刑に対する規範的制約の必要性に関しては何も語っていない。だからこそ、上記のような、国民の処罰感情に歯止めをかける理論的契機を有していないという批判が向けられるのである。

逆に言えば、これが重要であるが、積極的一般予防論を基調としつつ、積極的一般予防刑に対しては規範的制約が必要であるという構成をとることは論理的に可能である。⁽¹⁹⁾つまり、刑罰の一般予防効果は、責任相当であると感

じられる刑の実現を通じてもっともよく実現されるという経験的仮説をとりながら、しかし時には、応報にかなっていると感じられる刑と、規範的意味で真に応報にかなう刑との間には齟齬が生じる可能性を排除できないため、結局は規範的意味での応報による制約が必要である、とするのである。実際、仮に、積極的一般予防効果の観点から責任主義や均衡原理と外観上類似する指針が導かれたとしても、それは経験的事情の流動によって常に覆される弱い原理・原則にしかかなりえない以上、この結論を回避するためには、責任主義や均衡原理を規範的制約として導入することは避けられないであろう。⁽²¹⁾そして、その際には、予防目的にかなう刑をそれとは別個の原理により制約することの根拠は何かという、相対的応報刑論が抱えていた問題が再来することになる。言い換えれば、積極的一般予防論は、相対的応報刑論が一番気にかけていたはずの問題に何ら答えていないのであって、かつ、この問題に答えることを無用とするものでもないのである。これと同じことは、相対的応報刑論の側からも記述できる。すなわち、相対的応報刑論を基調としつつ、しかしそこにおける刑罰の予防効果に関する経験的仮説として積極的一般予防効果を取り込んだ上で、それに対しては規範的制約が必要であるという構成をとることは論理的に可能である。その内容は、上述した「規範的制約を認める積極的一般予防論」と一致する。したがって、相対的応報刑論と積極的一般予防論は、それ自体で相互排他的な理論なのではない。いずれにおいても、何が正しい経験的仮説であり、何が正当な規範的制約であるのかということだけが問題なのである。

それゆえ、重要なのは、ここにおいて解くべき問題は（少なくとも）二つあるということである。その問題とは、「経験的仮説」の検証と「規範的制約」の論証である。上述した意味での積極的一般予防論と、相対的応報刑論の、いずれかが正しくいずれかが誤っているというものではない。本当の問題は、それ以前の段階に存在しているのである。この認識は、「刑罰論はいかなる諸問題を問うべきなのか」というメタ的ないし方法論的な問題に關す

る自覚的な整理・検討を通じて、はじめて得ることができる。したがって、いかなる刑罰論を展開する場合でも、第一に、この点の分析が必要となるのである。

以上から得られた教訓をより抽象的に述べれば次のようになる。すなわち、相対的応報刑論をめぐる従来の議論は、「刑罰論はそもそも何を論じるべきか（何について論じているのか）」という点をめぐって深刻な概念的混乱を抱えている。「相対的応報刑論か、積極的一般予防論か」という問いの立て方そのものに、既に問題意識のすれ違いが含まれているのである（このようなすれ違いは、他の刑罰論との関係でも指摘することが可能であろうが、ここではこれ以上追究しない）。そして、なぜこのようなメタ的ないし方法論的な問題が自覚されにくいのかといえば、それは、刑罰正当化論とは刑罰目的論であり、かつそれに尽きるという無根拠かつ不当なドクサに、無意識のうちに支配されているからではないだろうか。しかし、次のことを忘却してはならない。すなわち、『刑罰の意義とは？』『刑罰の本質とは？』といった刑罰をめぐる根本的な問いは、必ずしも一義的な内容のものではなく、しばしば無自覚なまま複数の問いを含んだものとなっている⁽²²⁾。これに、「刑罰の目的とは？」と付け加えても、趣旨は変わらないであろう。全てを刑罰目的、それも、ひとつの刑罰目的に収斂させる（ことを至上の目標とする）論証形式ないし方法論は、必ずしも自明視しうるものではない。というのも、犯罪社会学の文脈における指摘であるが、「〔引用者注：処罰に関する様々な社会学的理論を分析・援用するときには、それぞれの理論が〕別のアプローチと別個の焦点を持っているものとして取り扱うのであれば、多様な見方と関係する複雑な現象を理解するために、それらのパースペクティブを統合してはならないという原理的な理由は存在しない。（…）すべての理論が『処罰の本質とは何か』や『処罰のただ一つの原因（the cause）とは何か』という問いに答えようとしていると考えてしまえば、（…）必要なまでに還元主義的で一次元的な傾向を持つアプローチが生じてしまう」

(⁽²³⁾傍点は原文斜体)。同じことは、刑法学としての刑罰理論にも妥当するよう
に思われる。すなわち、「還元主義的で一次元的」な理論には確かに魅力も
あるが、我々は、一旦はその誘惑を退け、先決問題として、複数の問いを複
数の問いとして言語化・定式化するという作業に取り組むべきである。この
ような観点からみれば、相対的応報刑論は、「目的」二元論という論理的誤
謬を抱えた自己規定に陥りつつも、その中で(⁽²⁴⁾おそらく無自覚に)、刑罰の
犯罪予防効果に関する「経験的仮説」とそれに対する「規範的制約」という
正しい「複数の問い」を潜在させていた点で、一定の評価に値する。言い換
えれば、相対的応報刑論は直ちに廃棄されるべきなのではなく、むしろ今も
なお、よりよく分析される余地を残している。相対的応報刑論の「乗り越
え」がありうるとしても、それは、この立場がいかなる主張を試み、そのた
めにいかなる点を論証する必要がある、その過程でどのような難点を抱える
理論であるのか、ということ十分に認識した後で、はじめて可能となる事
柄である。そのためには、刑罰論の概念的・方法論的考察が必要である。

I 刑罰論が問うべき諸問題の明確化：タドロスの 議論を参照して

1 刑罰の直接的正当化と深層的正当化

序論でその一端を明らかにしたように、刑罰論に関するこれまでのわが国
の議論は、そもそもそこで「何について論じるべきなのか」というメタ的な
いし方法論的な問いに対して、必ずしも十分な反省を行なってこなかったよ
うに思われる。しかし、刑罰論において論じる必要のある主題は、「刑罰の
正当化根拠」ないし「刑罰目的」というような単一の概念に還元されうるほ
ど、単純なものではない。この点を明確化する上では、イギリスの刑法哲学
者であるヴィクター・タドロス(⁽²⁵⁾Victor Tadros)による整理が参考になる。

前提として、英米圏における刑罰正当化論は伝統的に、「応報主義
(⁽²⁶⁾retributivism)」と「刑罰論上の帰結主義(consequentialism)」の対立を

軸に展開されてきた。この二つの立場をどう定義すべきか、ということ自体が問題とされうるものではあるが、「伝統的な刑罰の帰結主義的正当化が主張したのは、大まかに言えば、刑罰は、それにより得られる（善い）帰結によってのみ正当化されうる、ということであった。その一方で、刑罰の応報主義的正当化が主張したのは、大まかに言えば、刑罰は、それが相応である（deserved）ということによってのみ正当化されうる、ということであった」⁽²⁷⁾。ところで、刑罰論におけるこれら二つの立場は、しばしば、次の二つの規範倫理学上の立場と関係づけられる。すなわち、「義務論（deontology）」⁽²⁸⁾と「帰結主義（consequentialism）」⁽²⁹⁾である（以下、単に「帰結主義」と述べるときは、必ず、規範倫理学上の立場としての帰結主義のことを指す。これと、「刑罰論上の帰結主義」とは、常に区別する。その一方で、「帰結主義」と「功利主義」は、本稿の範囲では特に区別しない）。簡潔に定義すると、義務論とは、「ある行為の正しさは、（少なくとも）当該行為が『行為者相対的』規範（‘agent-relative’ norms）⁽³⁰⁾に適合しているかどうかによって左右される」という考えであり、これに対して、帰結主義とは、「ある行為の正しさ（rightness）⁽³¹⁾は、専ら、当該行為が惹起する帰結の善性（goodness）⁽³²⁾により左右される」という考えである。義務論によれば、「（国家は）犯罪者を、かつ犯罪者のみを、処罰しなければならない」という規範をまず認め、⁽³³⁾それが犯罪予防に繋がるかどうかとは関係なく、犯罪者があれば、規範に合致するのはその処罰であるということだけを理由に処罰が正当化される。つまり、応報主義に至る。これに対して帰結主義によれば、処罰それ自体は善ではない（悪である）と考える場合には、⁽³⁵⁾処罰が何らかの善（その代表例が犯罪予防効果である）⁽³⁶⁾を実現し、かつそれが処罰の悪を最良の形で上回る限りで、処罰が正当化される。つまり、刑罰論上の帰結主義に至る。

しかしタドロスによれば、この「応報主義＝義務論」、「刑罰論上の帰結主義＝帰結主義」という対応関係は、実は成立しない。その理由は一言で言えば、義務論と帰結主義がそれぞれ自説を修正してくる可能性を考慮に入れて

いないからである。

まずタドロスは、刑罰哲学の背景にある道徳哲学(倫理学)的正当化のことを「刑罰の深層的(deep)正当化」と呼び、これを「刑罰の直接的(immediate)正当化」と区別する。

「刑罰の深層的正当化」において対立するのは、「帰結主義」⁽³⁷⁾と「非帰結主義(non-consequentialism)」⁽³⁸⁾であるとされる。タドロスの定義では、まず帰結主義とは、「ある行為、ルールまたは実践の正・不正(right or wrong)を決する上で有意味であるのは、その行為、ルールまたは実践の帰結だけである」⁽³⁹⁾と考える立場である。次に非帰結主義とは、「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結だけではない」⁽⁴⁰⁾と考える立場である。要するに、ここにいう帰結主義は、正・不正の判断を専ら帰結の衡量に従って決する立場であり、これに対して非帰結主義は、そこに帰結とは別の考慮(典型的には例えば、拷問が大きな優越的利益を生むとしても、なおそれを絶対に禁ずるとするような、義務論的制約)を介在させる立場である(帰結というものをおよそ考えない立場も、定義上、非帰結主義にあたる)。

以上に対して、「刑罰の直接的正当化」において問題となるのは、「刑罰はいかなる点で善であるのか?」ということである。そこでは次の三つの立場⁽⁴¹⁾が対立する。第一は、刑罰にはそれ自体で[・]内[・]在[・]的[・]価[・]値(intrinsic value)があり、刑罰の正当化にとってはこの[・]内[・]在[・]的[・]価[・]値だけが有意味であるという立場である。この考えは、タドロスの用語法ではないが、便宜上、「内在主義」と呼ぶことにする。第二は、刑罰それ自体には[・]内[・]在[・]的[・]価[・]値はないけれども、別の[・]内[・]在[・]的[・]価[・]値を惹起する手段になる点で[・]道[・]具[・]的[・]価[・]値(instrumental value)があり、刑罰の正当化にとってはこの[・]道[・]具[・]的[・]価[・]値だけが有意味であるという立場である。この「別の[・]内[・]在[・]的[・]価[・]値」とは、大抵の場合、犯罪予防効果(犯罪を減少させる効果)⁽⁴²⁾を指し、これが正当化の上で決定的となることは確かであろうが、一応、論理必然的にこれに限定されるわけではない。⁽⁴³⁾

この考えは「道具主義」と呼ぶことにする。第三は折衷説である。すなわち、刑罰には内在的価値と道具的価値の両方があり、刑罰の正当化にとって[・]は[・]両[・]方[・]と[・]も[・]有[・]意[・]味[・]で[・]あ[・]る[・]と[・]い[・]う[・]立[・]場[・]で[・]あ[・]る。この考えは、「折衷主義」と呼ぶことにする。

その上で、次のことが重要である。すなわち、深層的正当化における「帰結主義／非帰結主義」と、直接的正当化における「内在主義／道具主義／折衷主義」との間に、論理必然的な関係は存在しない。具体的に言えば、6通り存在する組み合わせの全てが、理論として成立しうる。整理すれば次のようになる。⁽⁴⁴⁾

- ① 帰結主義的内在主義＝帰結主義＋内在主義
- ② 帰結主義的道具主義＝帰結主義＋道具主義
- ③ 帰結主義的折衷主義＝帰結主義＋折衷主義
- ④ 非帰結主義的内在主義＝非帰結主義＋内在主義
- ⑤ 非帰結主義的道具主義＝非帰結主義＋道具主義
- ⑥ 非帰結主義的折衷主義＝非帰結主義＋折衷主義

確認すると、「応報主義」と「刑罰論上の帰結主義」が、刑罰の直接的正当化において対立するということは間違いない。すなわち前者は、内在主義か折衷主義でなければならない。これに対して、後者は道具主義でなければならない。さらに言い換えれば、両者の対立は、「刑罰には内在的価値がある（＝刑罰はそれ自体で善である）と認めるか、認めないか」という点に収斂する。ここで翻って考えてみると、内在主義であれ折衷主義であれ、刑罰はそれ自体で（例えば、正義にかなうから）善であるとして、これを正当化根拠に位置づける点では変わりがない（かつ、この点で両者はともに、道具主義と鋭く対立する⁽⁴⁵⁾）。この意味で、内在主義が応報主義であることは当然であるが、折衷主義もまた、弱い意味での応報主義にあたるといえよう。そ

れゆえ、次のように理解することができる。

内在主義＝（強い）応報主義

折衷主義＝（弱い）応報主義

道具主義＝刑罰論上の帰結主義

しかし、刑罰に内在的価値が存在すると認めたからといって、帰結主義を採用できないとは限らないし、かつ、刑罰には道具的価値しか存在しないと認めたからといって、帰結主義を採用しなければならないわけではない。つまり、〔1〕応報主義（＝内在主義または折衷主義）と帰結主義は両立可能であり、〔2〕刑罰論上の帰結主義（＝道具主義）と非帰結主義も両立可能である。

〔1〕から検討する。応報主義は、帰結主義と両立可能である。⁽⁴⁶⁾

まず、帰結主義的内在主義について検討する。実は、タドロス自身は、この理論構成は存在しえないと考えている。なぜなら、刑罰に仮に内在的価値が認められたとしても、刑罰が同時に、他の道具的価値をも実現していることは否定できない以上、帰結主義の観点から、考慮対象を刑罰の内在的価値に限定する理由はないためであるという（つまり、必ず折衷主義に至るということである）。⁽⁴⁷⁾その背景には、帰結主義とは内在的価値の認められる全ての帰結を考慮する立場である、という理解があるものと思われる。⁽⁴⁸⁾しかし、この理解そのものは妥当であるとしても、刑罰の正当化にとって道具的価値は必要ではない、と考えることは可能なのではないだろうか。すなわち、確かに刑罰は、内在的価値だけでなく、道具的価値をも実現しているはずである（厳密に言えばこの点でも、例えば刑罰による犯罪予防効果を経験的に否定し、他の道具的価値〔例えば応報感情の慰撫〕についても、同様に経験的に否定するか、あるいは、刑罰害悪を覆すほどの価値をもたないとしてゆけば、有意義たりうる価値が刑罰の内在的価値だけになる、ということはある

うるはずである⁽⁴⁹⁾）。しかし、刑罰の正当化にとって必要なのは、その内在的価値だけであって、仮にその道具的価値が失われたとしても（例えば、明日、社会が解散するとしても）、刑罰にはなお内在的価値が存在し、それによって刑罰は正当化される、と考える余地がある。言い換えれば、刑罰は確かに道具的価値をも実現するが、それは「うれしい余剰 (a happy surplus)」に過ぎないのであって、正当化にとって独立した意義を有するものではない、⁽⁵⁰⁾ということ⁽⁵¹⁾は可能である。このように考えれば、刑罰の直接的正当化において、⁽⁵²⁾帰結主義的内在主義は存在するというべきである。

次に、帰結主義的折衷主義は明らかに成立する。すなわちまず、帰結主義的道具主義は当然に成立する。典型的には、刑罰の犯罪予防効果をプラスに算入し、被処罰者の被る害悪や刑罰制度の運営コスト等をマイナスに算入して、両者を衡量することになろう。帰結主義的折衷主義は、これに加えて「刑罰の内在的価値」を算入するだけで成立する。

続いて〔２〕である。刑罰論上の帰結主義（道具主義）は、非帰結主義と⁽⁵³⁾両立可能である。

これについては、非帰結主義的道具主義の成立可能性を考えればよいことになる。とはいえ、このことは非帰結主義の定義からして明らかである。すなわち非帰結主義とは、「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結だけではない」という考え方のことであったが、典型的な道具主義は、この「帰結」の部分に、プラスの要素として「犯罪予防効果」を算入する。これに対して典型的な内在主義は、プラスの要素として「正義にかなった害悪の実現」を算入する（折衷主義であれば、どちらも算入する）。言い換えれば、これらの立場は、専ら「刑罰に関してはどこまでが内在的価値と認められるのか」という問題をめぐって対立しているに過ぎない。そうして定められた価値を追求する際に、（別個の優越的無価値が実現されてしまうということ以外の）制約が存在するのか、しないのかという点については、いずれにおいても、全く語られていないのであ

る。それゆえ、いずれの立場も、「物事の正・不正を決する上で有意味であるのは、ある行為、ルールまたは実践の帰結（＝実現される内在的価値そのもの）だけではない」という非帰結主義の考え方と両立しうる。タドロス自身の表現でいえば、「帰結主義と非帰結主義の論争は、何が内在的価値であるのかという点での論争ではない。彼らに不一致があるのは、何が内在的価値であるかということではなく、ある物事の正・不正を決する場合に意味を持つのは内在的に価値があるものの招来という帰結だけであるか、ということなのである」⁽⁵⁴⁾。

それでは、帰結主義と非帰結主義の争点は、どこにあるのだろうか。具体例を用いて明確化すれば、次のようになる。⁽⁵⁵⁾ まず、健康な人間であるXに心臓、肝臓、腎臓を提供させれば、Xは死に至るが、この臓器提供によって病人A、B、Cの生命が助かるとする。⁽⁵⁶⁾ このとき、Xという一人の人間の死は内在的無価値であるが、A、B、C三名の生命の保全は、前者に優越する内在的価値である。ここまでのことは、帰結主義者はもちろん、非帰結主義者も同意できる。⁽⁵⁷⁾ 両者が対立するのはこの先である。すなわち帰結主義を採用するならば、それは帰結だけを考慮する立場である以上、Xに対しては、臓器提供を命じなければならない。帰結主義は（基本的に）これを否定する理論的契機を有しない。しかし非帰結主義であれば、例えば「ここでXに臓器提供を命じる（ことを許容する）ならば、それはXを、A、B、Cの生命保全のための手段として扱うことになる」という見地（いわゆる手段化禁止原理〔means principle〕）から、Xに臓器提供を命じることは許されない、と主張できる。

これを刑罰論に引き直せば次のようになる。すなわち、「刑罰は、犯罪予防効果を有する限りで道具的な価値をもち、それだけが刑罰の正当化根拠となる」と述べるのが道具主義である。これを前提として共有した上で、「犯罪予防効果は（別の優越的無価値が実現されるのでない限り）無制約に追求しなければならない」とまでいうのが帰結主義的道具主義であり、これに対

して「犯罪予防効果は（別の優越的無価値が実現されない場合でも）なおその実現に一定の制約かけられる」というのが非帰結主義的道具主義である。したがって、帰結主義的道具主義は、無実の人の処罰によって優越的な価値（例えば効率的な犯罪予防）が実現される場合に、これを否定する理論的契機を有しない（この結論を避ける常套手段としては、「無実の人の処罰は、刑事司法に対する人々の信頼を失わせ、かえって犯罪予防効果を損なうから、長期的に見れば無価値の方が大きい」などとされる。そして、これもまた常套的〔かつ正当〕な批判として、無実の人の処罰が例外的に肯定される可能性は常に残ってしまう、といわれることになる⁽⁵⁸⁾）。これに対して、非帰結主義道具主義を採用すれば、無実の人の処罰により優越的価値が実現されとしても、それは無実の人を優越的価値の実現のための手段として扱うことになるため（手段化禁止原理）、その処罰は例外的なく許されない、と主張する余地が残る。しかし、いずれも道具主義である。それゆえ逆に言えば、道具主義をとっても、「無実の者の処罰」が必ず肯定されることにはならない。それはむしろ、非帰結主義をとらないことによる結論なのである。

2 刑罰正当化における「積極的理由」と「消極的理由」の概念

上にみた刑罰の直接的正当化における三つの立場は、次のようにも整理できる。すなわち、直接的正当化の理由として、内在主義は刑罰の内在的価値（応報の価値）を、道具主義は刑罰の道具的価値（予防の価値）を、折衷主義はその両方を、それぞれ持ち出す。これらの理由は、刑罰を正当化する積極的な理由を与えるものである。それゆえ、積極的理由と呼ぶことができる。次に、刑罰の深層的正当化における二つの立場は、次のようにも整理できる。つまり、帰結主義は、上述された諸価値／理由の実現手段に制約をかけない。非帰結主義は、この制約をかける。ここにおける制約を根拠づける理由は、上述した積極的な理由を、制約するものにすぎない。その意味で、消極的理由と呼ぶことができる。換言すれば、非帰結主義／帰結主義の区別

は、消極的理由の有／無に対応する。⁽⁵⁹⁾

ここで気にかかってくるのは、刑罰論に関する哲学的分析においてしばしば持ち出されるところの、「積極的応報主義 (positive retributivism)」と「消極的応報主義 (negative retributivism)」という対立との関連である。これは、オーストラリアの哲学者・メタ倫理学者であった J・L・マッキーによって定式化された区分法である。それによると、まず、積極的応報主義とは「犯罪者は処罰しなければならない」という立場である。これに対して、消極的応報主義とは「非犯罪者は処罰してはならない」という立場である。さらに彼は、「犯罪者は処罰してもよい」という、許容的応報主義も挙げ⁽⁶⁰⁾ていた。

積極的応報主義は、応報を、刑罰の積極的な正当化根拠として提示する。すなわち、そこにおいては、積極的意味での応報を理由として、我々は犯罪者を処罰しなければならない、ということが導かれる。これに対して、消極的応報主義は、応報を、刑罰の消極的な正当化根拠としてしか提示しない。すなわち、そこにおいては、ただ「非犯罪者は処罰してはならない」ということが言われているだけであって、我々はなぜ、どのような場合に、人を処罰しなければならないのか、ということは何も言われていない（例えば、消極的応報主義は、刑罰廃止論とも両立する。非犯罪者は処罰してはならないし、かつ、犯罪者も処罰してはならない、ということは可能である）。この意味で、消極的応報主義は、何らかの積極的正当化根拠（例えば犯罪予防）の存在を前提として、それに対して応報の観点から外在的な制約（これは、「横からの制約 [side-constraints]」⁽⁶¹⁾）をかける、という機能をもつ。それゆえ、逆から言えば、消極的応報主義を採用するだけでは、刑罰の正当化を行なったことにはならず、その際には、改めて積極的な正当化根拠⁽⁶²⁾を示す必要がある（例えば、犯罪予防効果）。換言すれば、消極的応報主義は、「応報は刑罰正当化の消極的理由である。ただし、刑罰正当化の積極的理由（は少なくとも一つ存在しなければならないが、それ）が何である

かは問わない」という意味をもつ。これに対して、積極的応報主義は、「応報は刑罰正当化の積極的理由である。ただし、他に積極的理由があるかは問わず、かつ、消極的理由（は存在しないかもしれないが、それ）が何であるかも問わない⁽⁶³⁾」という意味を持つ。

このようにみると、直接的／深層的の正当化という対比と、積極的／消極的応報という対比とは、論理構造を同じくするものであり、言ってみれば、前者は後者を抽象化した概念である、ということになる。しかし、このように解するときには、第一に、積極的／消極的応報という対概念の論理的可能性に関する問題、および第二に、この対概念と、直接的／深層的の正当化との関係に関する概念的問題が生じる。そこで、これらについて以下検討する。

ところで、消極的応報主義をめぐる関心が寄せられるのは、通常の場合、それに基づいた刑罰正当化論は規範的に妥当であろうか、という問題関心⁽⁶⁴⁾であろう。しかし、本稿の課題は、刑罰論について概念的・方法論的に考察を加えることであって、刑罰正当化論そのものを検討・展開することではない。したがって、ここでは専ら概念的な問題の検討に取り組む。ただし、本稿は最終的に、この消極的応報主義に類似した（つまり、非帰結主義的な）刑罰論の有望性を積極的に擁護することになる。そのため、上記の問題関心については、本稿全体を踏まえて、「結論と展望」において若干ながら言及する。

2-1 「限定づけるものは根拠づける」という命題の意味

責任主義の意義に関する文脈であるが、そこでは、責任に刑罰根拠づけ機能を認めず、刑罰を限定づける機能のみを承認する見解に対する、アルトゥール・カウフマンによる次のような有名な批判がある。すなわち、「刑罰が結びつけられているあらゆる前提は同時に刑罰を制約する——逆もまた同⁽⁶⁵⁾じ」。それを受けて、わが国でも例えば、「ある事実を限定する原理は、同時にこれを基礎づける原理としても機能しなければならない。（…）責任主義

による刑罰根拠付け機能を否定するとき、同じ責任主義に根差している刑罰限定機能も論理必然的にその基盤を失うことになる⁽⁶⁶⁾」と言われる。これと同型の批判は、刑罰論の文脈においても援用されることがある。例えば、「併合説的見解の中で、刑罰を正当化する根拠が予防目的にあるとするならば、この場合は、応報という限界枠は『外在的』な制約原理となるに過ぎないことになる。この場合は、各種の予防目的が刑罰の正当化根拠として適切であるのかという問題に加えて、正当化するものが限界づけになっていないという問題が、つまり、刑罰を基礎づけるものと限界づけるものが異なっている⁽⁶⁷⁾という問題が生じるのである」。

責任の刑罰根拠づけ機能と限定機能を区別できないのであれば、積極的応報と消極的応報の区別もできないことになる。もっとも、このような批判に対しては、これらの機能を分離することが「あたかも形式論理の（あるいは原理的な）レベルで誤っているかのような批判は、説得力を欠いている。重要なのは、責任にいかなる役割を与えるのが妥当なのかという、実質的な判断⁽⁶⁸⁾である」という、それ自体で説得的な応答もなされている。とはいえ、刑罰論の概念的・方法論的考察を主題とする本稿にとっては、積極的／消極的応報主義（および直接的／深層的正当化）という区別の論理的基礎および含意を明確に認識するために、この批判に対して、まさに論理的な観点から真摯に取り組むことが必要である。

そこで以下検討するが、結論から言えば、この批判は、積極的／消極的応報（ないし責任）主義の意味、あるいは刑罰の根拠づけ／限定づけということの意味について、その義務的な意味と許容的な意味とを明確に区別することによって、回避できるように思われる。別の言い方をすれば、『刑罰の正当化』には、刑罰が義務的であることの正当化と、刑罰が許容的であることの正当化の二つの異なる意味がある⁽⁶⁹⁾」（傍点は原文による）のであって、上の批判は、この二者を区別しないことに起因した、一種のすれ違いに過ぎなかったように思われる。積極的／消極的応報主義の含意は、義務的／許容的

応報主義というもう一つの軸と併せて、⁽⁷⁰⁾ はじめて適切に理解することができるのである。

まずは直感的な説明から行う。広場に多くの人が整列しており、その中には犯罪者も、非犯罪者も含まれている。我々はその中から、処罰される者を呼び出し、処罰されない者は帰らせる。ここで、まず消極的（義務的）応報主義に従えば、「非犯罪者は処罰してはならない」ため、非犯罪者たちを家に帰すことになる。広場に残ったのは犯罪者たちである。ここで我々は、この犯罪者たちを処罰することができる。仮に処罰したとしても、それは消極的（義務的）応報主義と矛盾しないためである。言い換えれば、消極的（義務的）応報主義からは、この犯罪者たちを処罰することは許される、という含意までは引き出すことができる。しかし、この犯罪者たちを処罰しなければならない、という含意は引き出されない。というのもまず、我々が消極的（義務的）応報主義以外に何の刑罰論上の見解を持ち合わせていなかったとすれば、我々は、残った犯罪者をどうすべきであるのか、判断することができない。なぜなら消極的（義務的）応報主義は、どのような場合に処罰してはならないのか、というマイナス方向の義務については語っているが、どのような場合に処罰しなければならないのか、というプラス方向の義務については、何も語っていないためである。それでは、我々はプラス方向の義務として、特別予防論を採用したとする。かつ、広場に残った犯罪者たちの中に一人も犯罪に出るおそれの認められる者がいなかったとする。この場合、我々はすぐに、残った犯罪者たち全員を家に帰らせることになろう。そうしても当然、消極的（義務的）応報主義に反して行動したことにはならない。他方、そのときに、もし我々の中に積極的（義務的）応報主義者が含まれていたとすれば、彼は激しく反対するであろう。犯罪者たちを家に帰してしまえば、それは「犯罪者は処罰すべきだ」という彼の行動原理に反するからである。

このことが示唆するのは、消極的（義務的）応報主義による処罰の根拠づ

けというのは、せいぜい犯罪者の処罰が許されるという意味での許容的な根拠づけであって、義務的な根拠づけではない、ということである。もう少し厳密な形で述べれば、次のようになる。

既述の通り、積極的応報主義は、刑罰正当化の積極的理由に応報を選ぶものであると言える。言い換えれば、応報は刑罰を根拠づける、と考えるものである。ところで積極的応報主義は、義務的なものでもありうるし、許容的なものでもありうる。前者は、「犯罪者は処罰しなければならない」という立場であり、後者は、「犯罪者は処罰してもよい」という立場である。とはいえ、積極的応報主義という言葉で念頭に置かれているのは、ほとんどの場合、明らかに義務的なそれであろう。というのも、許容的(かつ積極的)応報主義が含意するのは、ただ「犯罪者は処罰してもよい」ということだけであって、つまり犯罪者を処罰しなくてもよいのである。その意味で、「許容的応報主義は刑罰を要求しないため、刑罰廃止論に接近する」ものですらあ⁽⁷¹⁾る。刑罰の根拠づけという時に、このような立場が念頭に置かれていないことは明らかであろう。したがって、刑罰の根拠づけは、義務的な根拠づけを意味すると解するべきである。

その一方で、消極的応報主義についても、義務的なものと許容的なものを区別することができるが、これも、義務的なものが念頭に置かれているのは明らかであろう。「非犯罪者を処罰しなくてもよい(処罰してもよい)」というのは、意味不明であって、それでは応報による消極的制約をかけたことの趣旨が没却される(許容的な消極的責任主義というものを考えてみれば、そのナンセンスさは、なおさら明瞭に理解されるであろう)。したがって、消極的応報主義もまた、義務的なものとして理解すべきである。

さて、この義務的な消極的応報主義は、「非犯罪者は処罰してはならない」を意味する。『「犯罪者でなければ刑罰なし」でなければならない』とも記述できる。ところで、この「犯罪者でなければ刑罰なし」という命題(以下、命題Aと呼ぶ)が真であるのは、どのような場合であろうか。まず、

「犯罪者でない」かつ「刑罰なし」の場合、命題Aは当然に真である。その一方で、「犯罪者でない」かつ「刑罰あり」の場合、命題Aは当然に偽である。これに対して、「犯罪者である」かつ「刑罰なし」の場合は、命題Aは真である（命題Aに反することにはならない。これは、消極的責任主義を前提とするときに、責任があるけれども〔例えば、予防の必要性がないため〕処罰が否定される場合が認められるのと同じことである）。「犯罪者である」かつ「刑罰あり」の場合も、命題Aは真である。したがって、義務的な消極的応報主義は、『犯罪者である』かつ『刑罰なし』という状態と矛盾しない立場であり、すなわち許容的な積極的応報主義と両立する。

これに対して、義務的な積極的応報主義は、「犯罪者は処罰しなければならない」を意味する。『犯罪者であれば刑罰あり』でなければならない」ということである。ここで、「犯罪者であれば刑罰あり」という命題（以下、命題Bと呼ぶ）が真であるのは、どのような場合であろうか。「犯罪者である」かつ「刑罰あり」の場合、命題Bは当然に真である。「犯罪者でない」かつ「刑罰なし」の場合、命題Bは真である。さらに、「犯罪者でない」かつ「刑罰あり」の場合も、命題Bは真である（例えば、「犯罪者は処罰しなければならない」と言いつつ、「犯罪に出る危険性のある者は処罰しなければならない」と言うことは可能である。この場合、犯罪者ではなくても、犯罪に出る危険性があれば処罰しうるため、「犯罪者でないが刑罰あり」ということがありうる）。しかし、「犯罪者である」かつ「刑罰なし」の場合、命題Bは偽である。ところで、許容的な積極的応報主義は、「犯罪者は処罰してもよい」という立場であるから、「犯罪者であり処罰あり」も、「犯罪者であり処罰なし」も許容する。したがって、当然のことではあるが、義務的な積極的応報主義は、許容的な積極的応報主義とは両立しない。

以上から、次のように言うことができる。すなわち、義務的な消極的応報主義が含意しうるのは、せいぜい、犯罪者は処罰してもよい、ということだけである。犯罪者は処罰しなければならない、ということまでは含意されな

い。つまり、確かに義務的な消極的応報主義は、その制約によって、反射的に、犯罪者の処罰を輪郭づけることはできる。しかしそれが意味しうるのは、犯罪者は処罰してもよいという許容までであって、犯罪者は処罰しなければならないという義務では、決してないのである。ところで既述の通り、刑罰の根拠づけも、刑罰の限定づけも、義務的なそれを意味するというべきである。そうである限り、「限定づけるものは根拠づける」という命題は、形式論理的に成り立たない。

かくして、結論はこうである。すなわち、「限定づけるものは根拠づけない」のである。同時に、「根拠づけるものは限定づけない」とも言える（これは上の命題Bが、『犯罪者でない』かつ『刑罰あり』と両立したことの帰結である）。それゆえ我々は、「限定づけるものは根拠づけず、根拠づけるものは限定づけない」と言うべきである。より厳密には、「義務的に限定づけるものは、（許容的には根拠づけても）義務的には根拠づけず、かつ、義務的に根拠づけるものは、（許容的には限定づけても）義務的には限定づけない」のである。

上述したカウフマンの批判を受けたロクシンは、その応答として、次のように述べていた。すなわち、「それは論理的に正しい。しかし、私が言いたかったのは、責任の程度はただ刑罰を限定づけるだけである一方で、刑罰を責任だけで基礎づけることはできない、ということである。有責な行動は、刑法上の制裁が特別予防または一般予防の観点から必要である場合にのみ、かつその限りでのみ、その制裁を正当化するのである⁽⁷²⁾」。確かに、カウフマンの批判は、論理的に正しかったと全く言えないわけではない。もっとも、その正しさは、刑罰の「根拠づけ」および「限定づけ」の意味として、義務的意味と許容的意味を共に認めるという、おそらく刑法学者のほとんど全員が拒否するであろう態度を前提とする場合にのみ、維持されるものである。この点、ロクシンがいう「限定づけ」と「基礎づけ」を義務的なものと理解するならば、その含意は、次のように書き直すことができる（ただし、刑罰

の量に関する含意は、ここでの議論の射程外であるため、省略する）。「私が言いたかったのは、義務的な消極的責任主義を採用する一方で、義務的な積極的責任主義は採用できない、ということである。責任の存在という、刑罰正当化の消極的理由は、特別予防または一般予防の必要性という積極的理由がある場合にのみ、刑罰を義務的な意味で正当化するのである」。今や、ここに論理的矛盾はないということは明らかである。ロクシンは、『責任は刑罰を限定するが、根拠づけるものではない』という命題は、たしかに、論理的に不正確⁽⁷³⁾であったと認める必要など、なかったのである⁽⁷⁴⁾。

2-2 「刑罰の深層的正当化」という契機を認めることの理論的意義

こうして、積極的／消極的応報主義という対比には、確固たる論理的基礎が存在する、とすることができる。この二つの応報は、既にその論理的性質を異にするのである。このことは、論理構造を同じくするところの、直接的／深層的正当化にも当てはまる。

続いての問題は、「積極的／消極的応報主義」という対比と、「直接的／深層的正当化」という対比との関係についてのものである。すなわち、後者の枠組みに前者を当てはめると、ある概念的な問題が生じる。この問題を検討することによって、刑罰正当化論において、直接的正当化だけではなく、深層的正当化という新たなフェイズを加えることの理論的意義、ないし有用性を明らかにすることができると思われるのである。

次の一文から考察を出発させたい。「積極的応報主義と消極的応報主義は、独立の主張である。犯罪に応じた刑罰を要請しつつ、一般予防のために非犯罪者に対する刑罰を要請する立場もありうるし、犯罪予防を根拠として刑罰を正当化するが、非犯罪者に対する不処罰を横からの制約として要請する立場もありうる⁽⁷⁵⁾」。この場合、前半部の立場は、「積極的応報主義を採用するが、消極的応報主義は採用しない立場」であり、後半部の立場は、「積極的応報主義は採用しないが（むしろ、採用されているのはいわば「積極的予

防主義』である)、消極的応報主義は採用する立場』である。

この両者を、ここまで整理してきた図式を踏まえて説明すれば次のようになる。まず「犯罪に応じた刑罰を要請しつつ、一般予防のために非犯罪者に対する刑罰を要請する立場」は、応報は処罰の積極的理由となることを認めつつ、一般予防もまた積極的理由であると認めている。つまり、「刑罰の直接的正当化」における折衷主義である。ところがこの立場は、これらの内在的価値(応報と一般予防)を追求する手段に、何ら制約をかけていない。つまり、「刑罰の深層的正当化」における帰結主義である。したがって、応報の価値があるならば刑を科するべきであるし、それがなくとも一般予防の価値があるならばやはり刑を科するべきだ、という立場に至るわけである(帰結主義的折衷主義)。ただし、厳密に言えばこれは折衷主義の一種であると言わなければならない。すなわち、応報と予防の両方を正当化理由と認めるにしても、正当化にあたってはそのどちらかの実現で足りるとする見解もありうるが(これが上に登場したタイプの折衷主義である)、両方の実現を要求する見解もありうる。⁽⁷⁶⁾前者を択一的折衷主義、後者を重疊的折衷主義と呼ぶことができる。折衷主義的見解として現実に主張されるのは、ほとんど後者であらう。⁽⁷⁷⁾

これに対して、「犯罪予防を根拠として刑罰を正当化するが、非犯罪者に対する不処罰を横からの制約として要請する立場」にとって、刑罰を科する理由は、第一次的には、犯罪予防だけである。つまり、直接的正当化における道具主義である。ところがこの立場は、第二次的に、犯罪予防の価値を追求するにあたっては、「犯罪者に対する科刑のみを手段とせよ(=非犯罪者に対する科刑を手段としてはならない)」という主張にもコミットしている。つまり、深層的正当化における非帰結主義である。したがって、犯罪予防の価値は刑罰を科する理由となるが、その価値の実現手段は、犯罪者に対する科刑に限定しなければならない、という立場に至るわけである(非帰結主義的道具主義)。

以上の二つの立場に加えて、「非帰結主義的折衷主義」もありうる。ここではその中でも、非帰結主義的重疊的折衷主義について考察する。その含意は、「科刑の対象者が犯罪者であり、かつ処罰により予防効果が発生する場合には、処罰の積極的理由がある。ただし、対象者が犯罪者でないならば、処罰をしてはならない」となる。

ここで、概念的な問題が生じる。すなわち、それは帰結主義的重疊的折衷主義と何が違うのだろうか？ その含意は、「科刑の対象者が犯罪者であり、かつ処罰により予防効果が発生する場合には、処罰の積極的理由がある」というものである。この場合、「処罰されるのは犯罪者であること」が常に要求される。換言すれば、「非犯罪者が処罰される」ことは論理的にありえない。そうだとすると、「非犯罪者を処罰すべきでない」という消極的理由は、無意味であるようにみえる。つまり、非帰結主義的重疊的折衷主義は、帰結主義的重疊的折衷主義に無意味な言明を付加したものに過ぎないのではないか？ それならば、非帰結主義的折衷主義は、実質的には、存在する意味がないということになるのだろうか？

そうではないと思われる。なぜなら、端的に言えば、「重疊的」折衷主義という主張は、消極的理由の導入なくしては、ほとんど維持不可能だからである。

その論拠は二つ存在する。すなわち、〔１〕帰結主義的重疊的折衷主義は論理的・概念的に破綻しているのではないかという論拠、および、〔２〕帰結主義的重疊的折衷主義は、刑罰正当化論としては、いわばほとんど実用に堪えないのではないかという論拠である。なお、便宜のために議論の展開を予告しておく、〔１〕については、この立場は論理的に破綻しているとまでは言えず、一つの活路が残される。しかし、その活路が、〔２〕において、再び難点として指摘されることになる。

〔１〕帰結主義的重疊的折衷主義は、論理的・概念的なレベルにおいて、既に破綻しているようにみえる。この点はおそらく、量刑を一旦経由すると

イメージしやすい。まず、重疊的折衷主義が採用される場合、例えば量刑は、応報刑（＝責任相当刑）の範囲内に常に収まらなければならない、その内部で最良の予防効果を追求すべきものとされることになる。しかし、このような結論を、（非帰結主義ではなく）帰結主義の論理から導くことは、不可能であるように思われる。⁽⁷⁸⁾ というのも、応報が処罰の悪に対する優越的価値を基礎づける要素の一つにとどまるのであれば、例えば、予防の価値が高い場合には、応報の価値は低くてよい（つまり例えば、応報刑から離れすぎることは避けつつも、それを少しは上回ってよい）という結論に至ると考えられ、あるいは場合によっては、応報の価値がゼロでもよい（つまり非犯罪者の処罰も、予防の必要性が極めて高い場合には正当化される）という結論、つまり択一的折衷主義に至る可能性すら、排除されないはずだからである。逆に、このような結論の余地を残さないために「重疊的」折衷主義を採用するというのであれば、それは結局、応報に、処罰を通じて実現すべき積極的理由としての側面のみならず、そのような価値の実現手段を制約するという消極的理由としての側面（つまり、予防と同じ秤に載せられるものではなく、予防・応報の善と処罰の悪の衡量をクリアした上で、その優越的価値の実現手段を別の審級から制約する機能）をも認めるということに他ならないであろう。⁽⁷⁹⁾ そうであるとすれば、帰結主義的重疊的折衷主義は、既に論理的・概念的なレベルにおいて、破綻していることになる。なぜならこの立場は、確かに応報と予防を共に積極的理由とする点で折衷主義であるが、同時に、応報を消極的理由にも位置づけているからである。それは非帰結主義である。すなわち、「帰結主義的重疊的折衷主義＝非帰結主義」となる。これは矛盾である。

要するに、ここに示された重疊的折衷主義の失敗は、次の点に原因がある。すなわち、刑罰正当化の積極的理由に応報を位置づけることによって、その応報に、消極的理由という論理的性質を異にする機能をも担わせようとする、という矛盾を犯したという点である。やはり、「あることを行う積極

的理由があるということから、それを行うことに対する制約がもたらされることは、ありえない」⁽⁸⁰⁾ のであり、言い換えれば、上記 2-1 で述べた通り、「根拠づけるものは限定づけず、限定づけるものは根拠づけない」⁽⁸¹⁾ のである。それゆえ、重疊的折衷主義が目指していたところの、応報の必要条件性を確保するためには、消極的理由の導入を直截に認めなければならない、ということになる。そして逆に、応報を消極的理由として導入するならば、応報の必要条件性を確保するという観点からは、もはや、積極的理由としての応報にこだわる理由は消失する。なぜなら、非帰結主義ないし消極的理由の導入という構成をとるならば、刑罰が実現すべき積極的価値は予防だけであるとする場合であっても、その予防の価値の実現手段を応報にかなうものに限定することが、少なくとも論理的・概念的には、可能となるためである。⁽⁸²⁾

そうすると、そもそも帰結主義的重疊的折衷主義という概念そのものが、論理的にあり得ないということにもなりそうである。しかし、必ずしもそうではないと思われる。次のような活路が残されているためである。まずは比喻から示すと、川にモーターボートが浮かんでいるとする。ボートは上流の方へ、川の流れに逆らって進まなければならない（上流の方へ進むことの成功が、刑罰正当化の成功に相当する）。川の流れは、刑罰のコストに相当する。この流れは強いので、予防的価値というモーターのみでは力が足りず、ボートが進まない。応報的価値というモーターをも積まなければ、ボートは下流に流されてしまうのである。このように考えれば、予防と応報の両方を専ら積極的理由として位置づけつつ、処罰のためには応報かつ予防の実現を常に必要とすることを論証できるであろう。ここで、応報の価値と予防の価値が、ある程度トレードオフの関係にあるとすると、量刑は、この二つの価値の間における、緊張関係を伴った衡量判断の中で、各々が共に最大化（ないし最適化）される一種の均衡点を探る作業として特徴づけられるのかもしれない。

このような道がある以上、帰結主義的重疊的折衷主義は、論理的に成立し

得ない見解とまではいえない。とはいえ、この脈絡は結局のところ、刑罰正当化のためには予防のみならず応報の価値も常に必要なのだ（そうしなければ、刑罰のコストを上回ることができないのだ）と断言しているだけであって、その根拠を説明する力をもっていないように思われる（そもそも、この根拠を説明し、さらには「均衡点」を探るためには、刑罰のコスト、応報の価値、および予防の価値という変数を共約する、統一単位のようなものが必要となるが、そのような単位がどこに存在するのだろうか。さらに、仮にこの点がクリアされたとしても、この立場から実際上の帰結を引き出すためには、上述した各変数が、その統一単位によって常に計算可能でなければならないが、そのような作業はあまりに非現実的ではないだろうか。さらに言うと、応報と予防のトレードオフ関係という別の不確定要素すら、その計算には介入してくるのである）。それは根拠のない断言に過ぎない以上、原理的には、予防の価値が極大であるため応報の無視が正当化される場合（例えば、極めて危険なテロリストの居所を知るため、その家族を人質にとり拷問する）の存在可能性を排除できない。しかし——語弊のある言い回しになるが——どのみち断言するならば、端的に、応報は消極的理由として導入される義務論的制約であると断言する方を選んで、どうしていけないのだろうか？あるいは、もちろん無根拠な断言は許されないとしても、とにかく問題を、刑罰の積極的な根拠づけ（＝刑罰の直接的正当化）とは別の、義務論的制約の根拠論（＝刑罰の深層的正当化）の問題として整理し、それに固有の（すなわちもちろん、予防目的とは別の）正当化根拠を探った方が、応報の無例外的な保障機能を根拠づけやすくなるのではないだろうか？この選択肢を選ばずに、実用に堪えそうにない、「刑罰の直接的正当化」という1段階のみからなる刑罰論にこだわらなければならない理由が、どこにあるのだろうか？こうして問題は、第二の論拠に移行する。

〔2〕帰結主義的重量の折衷主義は、論理的には存在しえても、そこから具体的結論を引き出そうとするときには、到底実用に堪えないのではないだ

ろうか。むしろ、非帰結主義にコミットし、応報を消極的理由に位置づけた方が、同じ主張を、遥かに明確かつ安定的に展開することが可能となるのではないだろうか。そうであれば、帰結主義的重疊的折衷主義にこだわる理由は、言い換えれば、「積極的理由（＝直接的正当化）」という一つのフェイズの中でのみ、応報と予防の相剋を処理することにこだわる理由は、どこにあるのだろうか。

以下において述べたいのは、実のところ、それ以上のことである。すなわち、帰結主義的重疊的折衷主義の旗色は、さらに悪くなるのである。具体的には、まず既述の通り、帰結主義的重疊的折衷主義の構想は、刑罰のコスト、応報の価値、および予防の価値という三者の間での複雑な衡量判断を招来する。しかし、より詳細に考えてゆくと、この衡量判断は、それよりも遥かに、絶望的に複雑化することになると思われる。その理由は一言で言えば、刑事法制度において現に尊重されている、今更破棄することなど到底できない基本的な諸原理の中には、応報および予防という単純な概念には還元され得ないものが複数存在すると考えられるからである。以下、この考えを具体的に敷衍する。

その出発点は、グレコによる次のような指摘に見出される。すなわち、「ロクシンが責任について述べたこと——責任は単なる制約であって、目的を構成するものではないということ——は、そのほかの、目的合理性とは関連しない刑法上の保障との関連でも、当てはまることである。（…）刑罰は犯行と比例しないものであってはならない、法律なくして刑罰を科してはならない、刑事裁判官は公正かつ中立でなければならない。しかしなお、均衡性があり、法律があり、公正中立な裁判官があるということは、それだけで、人を処罰すべきであるということの意味するものではない」（傍点部は⁽⁸³⁾原文イタリック体）。

このことは、法益保護主義、すなわち、犯罪化の対象は法益を侵害または危殆化する行為に限られなければならないという要請を例として敷衍でき

る。まず、しばしば捨象されることであるが、法益保護主義もまた科刑の範囲を画する原理である以上、刑罰論は、法益保護主義の妥当根拠を説明できなければならない。しかし、法益保護主義はおそらく、予防からも応報からも十分に根拠づけられない。敷衍すると、まず前提として、議論を簡明にするために、法益保護主義ないし法益概念の（立法批判的）機能は法的モラリズムの排斥に求められるとしておく。⁽⁸⁴⁾しかし、予防の観点からすれば、犯罪化に際する制約は、（比例原則としての）コスト・ベネフィットの衡量判断だけに依存することになるはずである。ここでは、単に不道德であるだけの行為を抑止してもベネフィットは小さい、と片付けたくなるかもしれない。そのような説明がおよそ成立しうるかどうかについては、別個に入念な論証を要するであろうが、少なくとも次のような問題点が認められる。すなわち、道徳的領域は個人の自律的判断に委ねられるべきであって、国家の介入すべきことではないという、憲法的にも基礎づけられうる価値または理念が、刑事立法に関する法的モラリズムは許されないという共通理解において重要な地位を占めていることは否定できない。もしこれを否定するならば、刑法（刑罰制度）は、その基礎において、憲法的価値から全く遊離しているという理解にコミットすることになるが、それは法解釈論としては受け入れられない想定である。したがって、法益保護主義は予防目的の外部にある。法益保護主義を説明するためには、予防目的とは異質な、「刑法的介入に際する国家のあるべき関心事」という規範的考慮が必要とされるのである。⁽⁸⁶⁾また、応報から考えれば、当然ながら、犯罪化の基準はむしろ峻厳な法的モラリズムに至るのが自然であり、法益保護主義と正面から矛盾する。⁽⁸⁷⁾したがって、法益保護主義は応報目的の外部にある。以上から、法益保護主義は、刑罰正当化に関する、予防とも応報とも無関係な正当化理由、ないし価値であると考えざるを得ない。つまり、法益保護主義を是認することと、帰結主義的重量の折衷主義（＝複数の“刑罰目的”を、刑罰の直接的正当化＝積極的理由という一つのフェイズの中での衡量判断によって調整しようとする立

場）に立つこととは、その「折衷」の内容が応報と予防に尽きると解する限り、両立しえない。

この問題の解決方策としては、次の二つが考えられる。第一に、法益保護主義を消極的理由の一つとして理解する。すなわち、深層の正当化というフェイズを追加して、非帰結主義にコミットする。第二に、法益保護主義を新たな積極的理由と理解する。すなわち、「折衷」の中身に法益保護主義という別の価値を追加して、帰結主義を維持する。

しかし後者の、帰結主義を維持するプランは、さらなる難題にぶつかる。すなわち、ここでは詳しく追究できないものの、法益保護主義だけでなく、行為主義、罪刑法定主義、訴訟法上の諸原理、責任原理といった刑法理論上明白に重要な諸原理もまた、それらを応報や予防といった一元的概念に還元できない可能性が高く、また仮にそれが可能であったとしても、その一元的概念のもとで各原理・原則の差異を抹消してしまうならば、それぞれに独自の保障的機能が害される可能性が高い。言い換えれば、刑罰に対する規範的な制約は、實際上、明らかに多元的である。そうかといって、それらの全てを予防や応報と並ぶ「刑罰目的（刑罰正当化の積極的理由）」に位置づけ、同じ秤に掛けるならば、それはほとんど絶望的に複雑な衡量判断を招来することになる。

注意すべきことに、以上のことは、上位概念に応報・予防以外のものを据えても、かつ、その上位概念が単一のものであっても、同様に妥当する。つまり、一元的な刑罰理論にも妥当する。すなわち、刑事司法制度をめぐるあらゆる規範的な制約（その根拠は、憲法的なもの、刑事法理論的なもの、道徳／政治哲学的なものといった、あらゆる規範的・価値的コミットメントでありうる）を、例えば唯一の積極的理由としての「応報」や、別の例を挙げておけば、「法的平和の回復」というような観念的な上位概念によって、すべて一元的に説明するという構想には、現実的にみて無理がある⁽⁸⁸⁾（その意味で、ハートの、「この〔刑罰：引用者注〕制度に関する道徳的に許容可能な

いかなる説明も、別個の、部分的に衝突する諸原理の間における妥協を示すものとならざるを得ない⁽⁸⁹⁾」という指摘の正当性を、改めて確認しなければならない)。もしそれが可能である(ように見える)とすれば、それが示すのは逆説的にも、その上位概念は無内容なものだということではないだろうか。あるいは、別の言い方をすれば、例えば応報概念が多様であるのは、上のような多様な規範的制約を説明する役割が、便宜的に、同概念に担わされてきたことの反映でもあるのではないだろうか。つまり我々は、様々な規範的原理を、応報概念(ないしその他の観念的な上位概念)から実際に演繹しているのではなく、多様な規範的要請をクリアした制度を、まとめて全体として「応報(ないしその他)にかなう」と呼んでいるだけなのではないだろうか(そうすると、応報、とりわけ消極的応報という概念は、実は複数の消極的理由に分析ないし解体されるべきものではないかという着想も生まれるが、それは一旦措く)。そうであるとすれば、むしろ当初から、多元的な消極的理由の存在を端的に認め、それぞれの規範的根拠を基礎づけた上で、各々を独立の規範的制約として位置づけ、体系的に関係づけた方が、それらによる明確かつ安定的な保障的機能の実現に資するように思われる。そしてそれは、折衷主義をとる場合でも、結局は非帰結主義的折衷主義に赴いた方が、実践的にみて、得策であるということを意味する。こうして、むしろ帰結主義的重疊的折衷主義の方が、非帰結主義的折衷主義の存在によって、その実践的意義を失うのである。

ここに、言ってみれば「消極的応報主義」の論理構造を純化した概念としての、「非帰結主義」の有用性があらわれている。すなわち、消極的応報主義という、あたかも、目的刑(つまり大抵の場合、予防刑)に対する規範的制約が応報ないし責任でしかありえないかのように思われる。しかし、この認識は、上に引用したグレコの指摘が正当にも示しているように、正確ではない。すなわち、予防刑に対する制約が消極的責任主義のみでなければならない原理的理由は存在しないのと同様に、予防刑に対する制約が消極

的「応報」のみでなければならない原理的理由は存在しない。非帰結主義的（義務論的）制約は、より広い、多様な規範的根拠に開かれたものとして理解できるのである。もちろん、非帰結主義という、規範倫理的な含意をもった概念を用いていると、予防刑に対する消極的制約も、規範倫理的な論証から演繹することこそが正統である、と感じられるかもしれない（実際、ここまで大きく依拠してきたタドロスも、自身の刑罰正当化論を展開する上で、規範倫理学上の義務論的制約に関するアイデアを重点的に参照している⁽⁹⁰⁾）。しかし、私見としては、そのような選択肢もまた当然に存在するとはいえても、その選択肢しか許されないとまで言うならば、それは、刑法解釈学に関する特定の方法論（さしあたりいえば、刑法の基礎は哲学的に根拠づけられなければならない、という方法論）へのコミットメントを前提とするものであって、少なくとも自明視しうるものではないと考える。この問題はひとまず措くとしても、当面、次のように提案することはできるものと思われる。すなわち我々は、予防刑に対する義務論的制約、あるいはより中立的な語を用いるならば、規範的制約の根拠づけのために、哲学に限られない、例えば憲法上の諸原則や、あるいは刑法理論内在的なその他の諸原理・共通了解のための場所を、空けておくべきではないだろうか。

以上の検討によって、「刑罰の深層的正当化」という、第二段階の審級を設けておくことの、次のような理論的意義が明らかにされたものと思われる。すなわち、深層的正当化における規範的制約という概念は、消極的「応報」概念の論理的性質を純化・抽象化したものとして、直接的正当化における「応報か予防か」という論争（を前提としつつも、それ自体）からは自由な諸構想のための道を開くものである。「深層的正当化」を刑罰論の構造に組み込むことは、刑罰論において問うべき諸問題を明確化する上で、必要なことであると考ええる。

- (1) 量刑における均衡説は、さしあたり、「量刑基準を『犯罪行為にふさわしい刑』のみに求める立場」と定義できる。十河・後掲注(2)「スウェーデン量刑法の生成と構造(1)」注(29)および(30)に掲げた文献を参照。
- (2) この観点から、前稿においては、均衡原理を徹底した量刑モデルを示すスウェーデン量刑法について、その歴史と現況を概観した。十河隼人「スウェーデン量刑法の生成と構造(1)～(4・完)」早研第171号(2019年)209頁以下、同172号(2019年)97頁以下、同173号(2020年)147頁以下、同174号(2020年)177頁以下。
- (3) この点、高橋直哉「刑罰論の現状と課題(特集:刑罰論の現代的意義)」刑ジャ54号(2017年)5-6頁は、「刑罰論が直面する課題」の「一つ目は、方法論にまつわる問題群である。これは、刑罰について論ずるためのメタ理論的問題群と評することもできるであろう」とした上で、具体的には概ね次の四点を課題として挙げる。すなわち、①刑罰の定義づけ、②刑罰論の諸目標の画定とそれらの相互関係の整序、③諸々の刑罰論の優劣に関する判定基準の構築・共有(およびそれに伴う刑罰論の存在意義の再確認)、④刑罰の現実と理論が乖離している場合の対処法の認識である。この中で本稿が重視するのは、②および③である。
- (4) 相対的応報刑論に関する文献の引用は本稿Ⅱで行う。
- (5) 積極的一般予防論に関する最近の包括的研究として、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(1)～(4・完)」立命341号(2012年)244頁以下、同342号(同年)208頁以下、同343号(同年)134頁以下、同344号(同年)164頁以下参照。その他、わが国における、積極的一般予防論の紹介・検討を含む文献としては、同「(1)」251頁注(9)および289頁注(146)に掲げられた文献と、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)」慶應ロー9号(2008年)29頁注(96)に掲げられた文献に加えて、三代川邦夫「積極的一般予防論における危険の引受け」立教94号(2016年)271頁以下、小林憲太郎「刑罰に関する小講義(改)」立教78号(2010年)394頁、松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命317号(2008年)492頁以下、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(成文堂、2006年)8頁以下、杉山和之「犯罪論と刑罰論の調和——積極的一般予防論に対する批判的考察」日大院36号(2006年)147頁以下、増田豊「刑罰論における応報と積極的一般予防についての法理論的研究」明治大学社会科学研究所紀要43巻1号(2004年)51頁以下、本庄武「刑罰論からみた量刑基準(2)」一法1巻2号(2002年)439頁以下、吉岡一男「量刑と積極的一般予防論(特集:量刑の基準と理念)」現代刑事法3巻1号(2001年)44頁以下、林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、

1995年）1頁以下、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早法69巻1号（1993年）61頁以下、伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田雅章ほか編『福田平大塚仁博士古希祝賀 上』（有斐閣、1993年）299頁以下など参照。

- （６）ドイツにおける応報刑論のルネサンス（特に、カント刑罰論の復興）に関する最近の包括的研究として、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂、2016年）参照。そのほか、わが国におけるその紹介・検討を含む文献としては、川口浩一「日本におけるヘーゲル刑罰論研究の最近の動向」ノモス45巻（2019年）35頁以下、飯島暢「応報刑論のルネサンスとその射程（特集：刑罰論の現代的意義）」刑ジャ54号（2017年）11頁以下、中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察（２）」前掲注（５）248頁以下、玄守道「刑罰に関する一試論——ヤコブス説とパウリーク説の比較検討を通じて」浅田和茂ほか編『村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、2011年）111頁以下、小池・前掲注（５）52頁以下、岡上雅美「量刑体系における量刑事実の選別について」刑雑45巻3号（2006年）200-201頁、松生建「ヘーゲルの市民社会論における犯罪と刑罰（１）～（２・完）」海保大研究報告法文学系43巻2号（1997年）1頁以下、同44巻2号（1998年）25頁以下など参照。
- （７）“expressive theory of punishment”と総称され、「表出的」、「表現的」といった訳語も宛てられるほか、「コミュニケーション的刑罰論」という呼称も用いられる。その内容も一義的なものではないが、本稿では、ファインバーグの理論（Joel Feinberg, ‘The Expressive Function of Punishment’ in his *Doing and Deserving* (PUP, 1970) 95 ff. 邦訳として、J・ファインバーグ〔長谷川みゆき訳〕「罰の表出的機能」嶋津格＝飯田亘之編『倫理学と法学の架橋：ファインバーグ論文選』（東信堂、2018年）489頁以下）の流れを汲む、英米の諸理論から影響を受けたものを念頭に置いている。わが国における、その紹介・検討を含む文献としては、松澤伸「刑法／刑罰制度の正当化根拠と犯罪化論／犯罪論」吉開多一＝小西曉和編『石川正興先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2019年）63頁以下、高橋則夫「被害者と刑罰の関係」坂巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）84頁以下、竹内健互「刑罰のコミュニケーション的機能について」伊東研祐ほか編『増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）261頁以下、小池・前掲注（５）60頁以下、辻脇葉子「応報と修復の関係——コミュニケーション的刑罰論の視座から——」情報コミュニケーション学研究3号（2007年）58頁以下、宿谷晃弘（2005）「英米における自由主義的刑罰論への批判の本意と『批判後』の刑罰論に関する一考察

——ダフ(Duff)の政治理論・刑罰論の検討——」早比39巻1号(2005年)67頁以下、瀧川裕英『責任の意味と制度』(勁草書房、2003年)197頁以下、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018年〔当該箇所の出出は2003年〕)176頁以下、高橋則夫『修復的司法の探求』(成文堂、2003年)40頁以下など参照。

- (8) 「抑止型相対的応報刑論」である。詳細は本稿Ⅱ2-2を参照。
- (9) 以上のような脈絡を量刑論において純粋な形で展開するものとして、城下裕二『量刑理論の現代的展開〔増補版〕』(成文堂、2009年)3頁以下および246頁以下参照。これに対して、例えば違法性の実質を刑罰の一般予防目的により基礎づけるという立場から出発する小池信太郎は、不法には刑罰根拠づけ機能を認めつつ、犯罪論体系上のいちカテゴリーとしての責任(その意味で、違法評価を前提とするところの量刑責任よりも狭義の責任)にのみ刑罰の消極的制約機能を肯定し、その帰結として、量刑責任の刑罰根拠づけ機能を(そこに含まれる不法の限りで)肯定する(小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應ロー1号(2004年)315頁参照)。このように、犯罪の実質を予防目的と関連づけるのであれば、それが刑罰を根拠づけうることは、相対的応報刑論を前提としても当然に認められる。換言すれば、ここにおける相対的応報刑論の論理的帰結は消極的応報主義(応報の要請は刑罰を限定づけるのみであって、それを根拠づけるものではないということ)であり、それが上記の意味での消極的責任主義と同義であるかどうかは、責任概念と応報概念の関係に関する解釈によるということになる。
- (10) ここでは、瀧川裕英「相対的応報刑論という二元論(特集:刑罰論の現代的意義)」刑ジャ54号(2017年)24頁を挙げておく。
- (11) すぐに述べるように、積極的一般予防論とは、ごく大まかに言えば、犯罪の公正な処罰を通じた、刑法規範の確証ないし刑事司法に対する国民の信頼の維持を刑罰目的とする見解であるといえるが、その内部では大きく分けて、この「信頼の維持」を社会心理的事実として実証的・経験的に把握する見解と、これを規範の確証そのものとして観念的に把握する見解とが存在する(松宮・前掲注(5)492頁参照。より詳細な整理として、中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察(1)」前掲注(5)290頁以下参照。さらに、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』〔日本評論社、2017年〕6-8頁も参照)。ここで念頭に置いているのは前者である。
- (12) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(一)」早法第68巻3・4号(1993年)107頁。ただし、論者はその後改説している。岡上・前掲注(6)200-201頁参照。

- (13) 岡上・前掲注（12）107頁参照。
- (14) 岡上・前掲注（12）93-94頁、108-109頁参照。
- (15) 中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（1）」前掲注（5）321-324頁参照。
- (16) この問題点は犯罪予防効果を援用する見解一般に妥当するものであるが、これを特に強調する見解として、吉岡一男『刑事制度の基本理念を求めて』（成文堂、1984年）190-191頁、同『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）17-20頁など参照。これに対して、一般予防効果の実証可能性そのもののは否定せず、積極的一般予防効果の実証困難性を指摘するものとして、所一彦「抑止刑再論——威嚇と条件づけ——」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998年）116-117頁、本庄・前掲注（5）159-160頁参照。ただし、注意すべきことに、そもそも犯罪予防効果の実証には、0か1かではない、いわば証明度のような程度の差を認めることができるのであって、かつ、刑罰正当化のために、例えば一点の疑義も許されない自然科学的証明を要求すべき必然性はないというべきである。この点ではとりわけ、松原芳博「刑法と哲学——刑罰の正当化根拠をめぐる——」法と哲学1号（2015年）75頁、小池・前掲注（5）36-37頁、本庄・同上160頁注（230）参照。
- (17) これは、実証的な積極的一般予防論に固有の難点となるであろう。この種の批判として、野村健太郎「責任・予防と量刑」早法95巻2号（2020年）422頁、小池・前掲注（5）46-49頁、安田・前掲注（5）15-16頁、曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康＝田中成明編『法学の根底にあるもの』（有斐閣、1997年）379-380、395頁、岡上・前掲注（6）199頁など参照。
- (18) いわゆる「手段化禁止原理（Instrumentalisierungsverbot）」に抵触することを理由とする。ドイツ観念論上の議論の流れを汲む批判であり、目的刑論一般に妥当しうる。すなわち、まずカントによれば、犯罪予防という社会全体の利益のために人を刑罰によって犠牲にすることは、「人間が他の人の意図のための手段としてのみ扱われること、物権の対象と一緒にされることはできない」という原則と矛盾する（イマヌエル・カント『樽井正義＝池尾恭一訳』『カント全集11 人倫の形而上学』〔岩波書店、2002年〕178頁）。またヘーゲルによれば、刑罰でもって人を威嚇することは、「人を自由な者としては前提していないのであって（…）犬にむかって杖をふりあげるようなもの」であるため、許されない（ヘーゲル〔藤野渉＝赤沢正敏訳〕『法の哲学I』〔中公クラシックス、2001年〕274-275頁）。この論拠を援

用するものとして、松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」法時78巻3号8-9頁、飯島・前掲注(6)24, 98-99頁など参照。また、曽根・前掲注(17)394-395頁、高橋・前掲注(7)21頁、大谷實「現代刑事制裁論」中山研一ほか編『現代刑法講座第一巻』(成文堂、1977年)73頁なども参照。

(19) このような構造を示す刑罰論・量刑基準論の例を量刑論の文脈から挙げると、小池信太郎は、主要な刑罰目的のひとつとして積極的一般予防目的を承認しつつ、これが不法の実体と結びつけられるという犯罪体系論上の理解を前提とした上で、違法評価を通じた一般予防目的の追求を「国民の人権・自由」を保護する観点から消極的に制約する契機として、(量刑責任ではなく、犯罪論体系上のいちカテゴリーの意味での)責任(主義)を位置づけるのである(小池・前掲注(5)33頁以下、特に50頁参照)。さらに、城下・前掲注(9)5頁も、「量刑における一般予防は、〔行為責任の範囲内で：引用者注〕行為者の再社会化に資する刑罰を科すことが、同時に(反射的效果として)国民に納得され受容されることをもって達成されると解すべきであるように思われる」として、相対的応報刑論の枠組みに積極的一般予防を取り込んでいる。ただし、こちらの見解は、積極的一般予防目的は法定刑の範囲内において、行為責任の枠内で再社会化に資するように量刑を行うことによって十分に実現されるものであり、その意味で量刑を左右する独立の要素ではないという考えを主たる根拠として、量刑の段階では積極的一般予防目的よりも特別予防目的を優先させるという理解、言い換えれば、量刑段階での積極的一般予防効果は、特別予防効果に最も資する量刑の付随効果に過ぎないという理解を採用するのである点に注意を要する(城下裕二『量刑基準の研究』〔成文堂、1995年〕132, 136頁参照)。

(20) 端的な指摘として、高橋・前掲注(7)138頁及び同頁注(10)参照。飯島・前掲注(6)9-10頁も参照。

(21) この点、高橋・前掲注(7)137頁は、前田雅英『刑法総論講義〔第三版〕』(東京大学出版会、1998年)33頁以下、264頁以下に示された積極的一般予防論類似(小池・前掲注(5)31頁参照)の見解を批判する文脈で、次のように述べる：「(…) 経験的事実としての国民の規範意識や国民の納得といった要素だけによって刑罰を適切に限界づけることはできず、そのような国民の規範意識を正当化する規範的な論拠が同時に示されなければならないのである。だが、この見解では、この点の考慮は、刑罰論の外に置かれることになる。ここに、この見解の問題点があるように思われる」。

- (22) 松原芳博「刑罰の正当化根拠としての応報——刑法学の立場から」法哲2015年号（2016年）63頁。
- (23) David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (Clarendon Press, 1990) 13. 訳文は、基本的にデービッド・ガーランド（藤野京子・監訳＝向井智哉・訳）『処罰と近代社会：社会理論の研究』（現代人文社、2016年）16頁によっている。
- (24) この限りで、相対的応報刑論は『「刑罰に目的はない』、『刑罰に目的はある』という論理的に排斥し合う2つの命題を、単純に併置したもの』である点で論理的矛盾を抱えているという評価（小林・前掲注（5）408頁）は正当である。そして、その解決を図る際には、どちらかの命題を選びとることではなく、相対的応報刑論という構成を諦めることでもなく、「無目的（自己目的）」および「目的」というように目的概念と素朴に関連づけて呼称されてきたところのこれらの観念に、より明確かつ実体に即した概念規定を与えることによって、相対的応報刑論の問題性を正確に言語化し、理解することから始めなければならない。
- (25) Victor Tadros, *The Ends of Harm. The Moral Foundation of Criminal Law* (OUP, 2011) 21-40.
- (26) 「刑罰論上の」という限定を付す理由は、詳しくは本文で後述するが、ここにいる「帰結主義」と、規範倫理学上の立場としての「帰結主義」とでは意味が異なり、両者に必然的な結びつきも存在しないためである。
- (27) Leo Zaibert, *Punishment and Retribution* (Routledge, 2006) 7. Cf eg David Dolinko, 'Punishment' in John Deigh and David Dolinko (eds), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (OUP, 2011) 405 f; John Tasioulas, 'Justice and Punishment' in John Skorupski (ed), *The Routledge Companion to Ethics* (Routledge, 2010) 682 ff; Larry Alexander, 'The Philosophy of Criminal Law', in Jules L Coleman et al (eds) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP, 2004) 816 ff; RA Duff, *Punishment, Communication, and Community* (OUP, 2001) 3 ff; David Boonin, *The Problem of Punishment* (CUP, 2008) 37 ff, 85 ff. なお、主に比較的古い文献においては、「応報主義／功利主義」という対比が用いられていることも多い（とはいえ、刑罰論の文脈では、ほとんどの場合、帰結主義と功利主義は同義語として扱われているように思われる。これに対して、規範倫理学上の帰結主義と功利主義の関係については、下注（28）参照）。See eg WD Ross, 'The Ethics of Punishment' (1929) 4

Philosophy 205 ff; HLA Hart, 'Prolegomenon to the Principles of Punishment' (1959) 60 Proc Aristot Soc 1 ff; Ted Honderich, *Punishment: The Supposed Justification Revisited* (first published 1969, Pluto Press, 2006) 17, 74; CL Ten, *Crime, Guilt, and Punishment* (Clarendon Press, 1987) 3; Igor Primoratz, *Justifying Legal Punishment* (Humanities Press, 1989) 9-12; Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values* (Routledge, 1988) 16 ff.

(28)「結果主義」とも訳されるが、倫理学・法哲学上、この語は「帰結主義」と訳されることが多いように思われる点(例えば、児玉聡『功利と直観』〔勁草書房、2010年〕121頁、水野俊誠「功利主義」赤林朗＝児玉聡編『入門・倫理学』〔勁草書房、2018年〕93頁、加藤尚武『現代倫理学入門』〔講談社学術文庫、1997年〕58頁、瀧川裕英＝宇佐美誠＝大屋雄裕『法哲学』〔有斐閣、2014年〕5頁、安藤馨『統治と功利』〔勁草書房、2007年〕2頁など参照)、かつ、本稿はこの倫理学・法哲学上の意味でこの語を用いる点に照らして、「帰結主義」という呼称を採用する。

なお、刑罰論の文脈では、とりわけ古い文献の場合、同じ意味で「功利主義(utitarianism)」という語も用いられる(そもそも帰結主義という語は、イギリスの哲学者アンスコムが1958年に案出したものとされており、功利主義という語よりも遥かに歴史が浅い。See GEM Anscombe, 'Modern Moral Philosophy' (1958) 33 Philosophy 12; see also Dolinko (n 27) 405, n 20; Amartya Sen & Bernard Williams (eds), *Utilitarianism and Beyond* (CUP, 1982) 4, n 3)。規範倫理学上は、帰結主義と功利主義の関係は一般に次のように整理されている。すなわち、「現代の標準的な功利主義の特徴付けは、善を幸福と関係付けて理解する厚生主義(welfarism)、行為の正しさをその帰結(結果)で評価する帰結主義(consequentialism)、帰結を評価する際に個々人の幸福を総和して判断する総和最大化(sum-making)の三つによるものと思われる」(児玉・同上121頁。See also Sen & Williams, *ibid* 3 f.)。

各々の内容について補足すると、まず「帰結主義」は本文で定義する通りである。次に「厚生主義(幸福主義とも)」とは、それ自体で価値のあるものは個人の幸福だけであるという考え方のことであるが、この幸福の内実をめぐるのは、これを個人の快楽と捉える快楽説と、個人の選好充足(その望み・欲求の実現)と捉える選好充足説が対比され、後者が通説であるとされる。最後に「総和主義(総和最大化)」とは、複数の帰結の善し悪しは、その関係者が享受する効用の総和を大き

い順に並べることで判断できるという考え方のことである（以上につき、水野・同上92-94頁、瀧川＝宇佐美＝大屋・同上5-6頁参照）。

- (29) See eg Michael S Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law* (OUP, 1997) 155-159; *Zaibert* (n 27) 175 ff; Mitchell N Berman, 'Two Kinds of Retributivism' in RA Duff and Stuart P Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (OUP, 2011) 435.

- (30) 行為者相対的規範とは、「各個人それぞれを個別的に名宛人とする規範であって、その他の場合における、その者自身または別の者による上記規範に対する適合性の最大化には関心をもたない規範」のことである。これに対して、「行為者中立的規範 (agent-neutral norms)」は、上記適合性の最大化に関心をもつ規範である。敷衍すると、まず「犯罪者は処罰すべきである」という規範があるとする。そして、X, Y, Z という犯罪者がいたとして、Xは捕まっているがY, Zは逃走中であり、あなたがXを逃せばY, Zの情報を聞き出して彼らを処罰できるが、あなたがXを処罰すればY, Zを取り逃がしてしまうとする。あなたはどうすべきか、というのが問題である。ここで、上記規範が「行為者中立的」なものであるならば、Xを逃した方がY, Zという二人を処罰でき、これに対してXを処罰すればX一人しか処罰できないのだから、あなたはXを逃すべきだということになる。これに対して、上記規範が「行為者相対的」なものであるならば、それは「その場面」における「あなた」だけを名宛人とした規範であり、その他の場合のことは考慮に入れない以上、ただ規範に従ってXを処罰するしかない、ということになるのである。以上の「行為者相対的」と「行為者中立的」の区別については、*Moore* (n 29) 155 f, 687 ff. 堂園俊彦「義務論」児玉＝赤林編・前掲注 (28) 111-112頁も参照。

- (31) *Moore* (n 29) 155. より一般的には、cf Larry Alexander and Michael Moore, 'Deontological Ethics' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 edn), URL=<<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-deontological/>> ch 1, 2(2020年8月3日最終閲覧). 堂園・前掲注 (30) 106頁も参照。

もっとも、義務論という概念は多義的に用いられる傾向にあると同時に、そもそも、純粋な義務論というものは基本的には存在しないのであって、その意味で、義務論というのは（帰結主義と対比する上での）理念型にすぎないという指摘もなされている点は注意を要する（以上については、児玉・前掲注 (28) 127-134頁参照。なお、義務論概念の多義性については、*Luis Greco*, *Lebendiges und Totes in*

Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 120 Fn. 62にも優れた整理がある)。

(32) ここにいう「善」とは、社会倫理ないし道義観念に照らして肯定的評価を受けるものに限られるわけではないということを注記しておく(高橋・前掲注(7) 209頁注(1)も参照)。善の定義に関する倫理学上の複雑な論争に立ち入る力量は筆者にないが、基本的には、ここでの「善(good)」とは「内在的価値(intrinsic value: それ自体で望ましいもの)」であり、厚生主義を基調として考えるならば、何らかの意味で個人に幸福をもたらすものが内在的価値であり、善であるということになる(厚生主義に関する詳細な議論として、安藤・前掲注(28) 94-122頁参照)。少なくとも、刑罰論の文脈では、犯罪の減少が善であることは自明の前提であるということができ、その一方で、犯罪者に対する害悪賦課そのものを善と云いえるかどうかが特に問題となるであろう。

(33) Moore (n 29) 155. Cf Brad Hooker, 'Consequentialism' in Skorupski (n 27) 444; Honderich (n 27) 86; Boonin (n 27) 37. 上注(28)に掲げた文献も参照。

(34) その基礎づけ方法は多様なものでありうるが、例えばムーアは、最終的には「犯罪者は処罰すべきである」という直観そのものに訴える(see Moore (n 29) 163-188)。ムーアの見解が直観主義(intuitionism)と呼ばれる所以である。その背景には独自のメタ倫理学理論が強く作用しているが、ここでは立ち入ることができない。

なお、義務論的な思考枠組みを採用する場合でも、そこで想定される義務の内容は多様でありうる。例えば、いわゆるヴォルフ学派によるカント解釈に立脚し、それをみずから敷衍・展開する飯島・前掲注(6) 28-30頁は、本稿からみれば義務論的刑罰論に映るものであるが、「各人が現実の社会において自己の自由を享受するためには、まず他者との間で相互的に相手を自由な人格として認め合う相互承認関係を形成し、互いの自由な領域というものを尊重し合わなければならない。そして、この相互的な承認関係は、いわゆる社会契約を通じて国家の段階へと拡張され、国家的な法秩序において規範的に普遍的な効力を保障されることになる」という前提から、犯罪によってこのような法秩序の効力が否定された場合には、国家は刑罰によってこれを回復しなければならないという義務を想定する。このように、義務論的刑罰論において想定される義務の内容は、論者によって多様でありうる。

(35) 一見、処罰それ自体が悪であることは当然であると思われるかもしれないが、ここにおいて、処罰それ自体は(例えば、犯罪者という悪者には害悪が道徳的にふさわしいという理由で)善であるとする可能性も存在する。その意味で、帰結主義

的な応報主義は存在しうる。この点については後述する。

- (36) 「最良の形で」というのは、「よりよい代替手段が存在しない」という意味で用いている。この点については、高橋・前掲注（7）132頁参照。
- (37) 「非帰結主義」と「義務論」は、一般に、特に区別されずに用いられているように思われる。ただし、下に掲げる非帰結主義の定義と、既に掲げた義務論の定義との間には、明らかにズレがある。このズレについては、本稿 I 3-1 で取り上げることになる。
- (38) *Tadros* (n 25) 21-22.
- (39) この定義は、上に掲げた帰結主義の定義と同一の範囲を指すものといえる。
- (40) *Tadros* (n 25) 32. See also FM Kamm, 'Nonconsequentialism' in Hugh LaFollette and Ingmar Persson (eds), *The Blackwell Guide to Ethical Theory* (2nd edn, Blackwell Publishing, 2013) 261.
- (41) *Tadros* (n 25) 21, 23-24.
- (42) 犯罪が生じている時点で刑罰による犯罪予防は失敗していると言われることがあるが、犯罪予防に関する刑罰の道具的価値を示すためには、刑罰によって犯罪が減少することさえ示されれば十分である（See eg *Honderich* (n 27) 74; *Ten* (n 27) 7; *Duff* (n 27) 204 n 2）。もちろん、この犯罪減少による利益は、刑罰のコストを最良の形で優越するものであることが必要となるが、それ以上の「完璧な犯罪予防」を正当化要件として求めるべき理論的根拠は存在しない。
- (43) 例えば、「〔犯罪により：引用者注〕現に生じた有害事態の情緒的な事後処理」（吉岡一男「犯罪現象と刑事法」長尾龍一＝田中成明編『現代法哲学第3巻』（東京大学出版会、1983年）178頁。同『自由刑論の新展開』・前掲注（16）3頁以下、とりわけ9頁も参照）が行われるという事態もまた、刑罰により実現される、「別の内在的価値」であると言いうる。それゆえ、同説は「一種の目的刑論であるように思われる」（西田典之〔橋爪隆・補訂〕『刑法総論 第三版』（弘文堂、2019年）19頁）という評価は正当であろう。そのほかにも、例えば、刑務所が存在することによる雇用創出効果もまた、刑罰制度により実現される「別の内在的価値」であると言いうるかもしれない。ただし、注意すべきことに、これらの価値を正当化根拠に組み入れるためには、さらに、①そのような価値を実現することは国家の正統な関心事たりうるか、②そのような価値の実現のため、行為者に刑罰という犠牲を強制することは正統でありうるか、といった、別個の規範的なハードルを超える必要がある（これらはもちろん、犯罪予防効果を正当化根拠に組み入れる場合にも同様に

問題となる。なお、この二つの要素が挙がる理由については、下注(118)およびその本文部で言及する)。

- (44) *Tadros* (n 25) 22 f. ただし、順序は変更してある。また、すぐ述べるように、タドロス自身は①の存在可能性を否定している。
- (45) 折衷主義を、応報主義と刑罰論上の帰結主義のいずれに含めるべきかは、形式論理的には決定しえない問題である。しかし、内在主義者であっても、犯罪が減少するという事態そのものが善であること自体は、否定できないであろう。したがって、犯罪減少の善性よりも、刑罰そのものの善性の方が遥かに論争的な話題であることに疑いはない。そうなると、「刑罰そのものの善性を認めるか、認めないか」という境界に従って線を引くことには合理性がある。それゆえ、これを認める内在主義および折衷主義は応報主義に含め、これを認めない道具主義は刑罰論上の帰結主義に含めるのが適切であると考えられる。
- (46) *Tadros* (n 25) 35 f. Cf *Moore* (n 29) 155-159; Michael T Cahill, 'Retributive Justice in the Real World', (2007) 85 Wash U L Rev 861-869; *Berman* (n 29) 438-445. さらに、瀧川裕英「応報の問題地図——統一テーマ『応報の行方』について」法哲2015年号(2016年) 4頁、安藤馨「応報主義と帰結主義の相剋(?)」法哲2015年号(2016年) 47-49頁参照。批判的な見解として、David Dolinko, 'Retributivism, Consequentialism and The Intrinsic Goodness of Punishment', (1997) 16 Law Philos 507 ff.
- (47) *Tadros* (n 25) 23; cf *Dolinko* (n 46) 513 f.
- (48) *Tadros* (n 25) 33 f.
- (49) Cf *Berman* (n 29) 444.
- (50) この点の指摘として、*Moore* (n 29) 155. これはドイツの議論でいえば、例えばフリッシュが、刑罰の予防効果は、存在はするとしても、それはあくまで「二次的効果 (Sekundäreffekte)」であり、刑罰の指導的目的 (leitende Ziel) でないと述べているのと同じことである (*Wolfgang Frisch*, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann / Andrew von Hirsch / Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1988, 140 f.)。
- (51) ただし、帰結主義的な応報主義(内在主義)は、その成立可能性はしばしば指摘されるものの、実際にその立場を支持する論者はほとんどいない、という指摘がある。*Cahill* (n 46) 861-864. この論者は、帰結主義的応報主義を自覚的に支持す

るのは自身が初めてである、と述べている（ibid 864）。

- (52) このように、帰結主義的に刑罰の内在的価値（としての応報）を認める立場は、一般に「価値論的応報主義（axiological retributivism）」と呼ばれる。これは、応報が実現されているという世界の状態を善と評価する立場である。これと対比されるのは、応報を実現する行為に出るべきであるという義務に照らして、応報（を実現する行為）を善と評価するところの、「義務論的応報主義」である（以上については、瀧川・前掲注（46）4頁、安藤・前掲注（46）48頁参照）。要するに、本稿の用語法と対応させれば、「帰結主義的内在主義→価値論的応報主義」、「義務論的内在主義→義務論的応報主義」となる。

なお瀧川は、これとは別に「帰結主義的応報主義」という語をも用いているが、これは本稿の意味での「帰結主義的内在主義」とは全く意味が異なるため、注意を要する。瀧川によれば、帰結主義的応報主義とは、「悪行に応じた報いをなすことは、結果をよくするがゆえに、正しい」とする立場であると定義し、具体例として、応報を実現することは究極的に抑止機能を果たすと考える立場を挙げている（瀧川・前掲注（46）7頁）。しかし、ここにおける「応報」は、刑罰の正当化根拠とはなっていない（それは犯罪予防効果である）以上、本稿の理解からは、あくまで道具主義（刑罰論上の帰結主義）と呼ぶべきことになる（同旨として、Cahill (n 46) 833 f）。用語法の問題に過ぎないと思われるかもしれないが、概念の混乱を避け、各々の立場の論証課題を明確化するという見地からは、本稿のように整理することには意味があると考ええる。

- (53) Tadros (n 25) 37; Berman (n 29) 435 f.

- (54) Tadros (n 25) 35.

- (55) Tadros (n 25) 33に掲げられた具体例であるが、若干変更してある。

- (56) これは、トロッコ問題（Philippa Foot, ‘The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect’（1967）5 Oxford Rev 5 ff）の一種であるとも言える。

- (57) ただし、それは帰結主義を基調とする立場であれば同意できるということであって、これに対して、義務論を基調とする「非帰結主義者」は、そもそもこのような思考形式自体をとらないのではないかという疑念はある。詳細は本稿Ⅰ 3-1で述べる。

- (58) この種の脈絡として、高橋直哉「英米におけるハイブリッドな刑罰論の諸相」『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）215頁および瀧川・前掲注（10）20頁など参照。See also Ten (n 27) 17-18; Duff (n 27) 8; Boonin (n

- 27) 64-75; Matt Matravers, *Justice and Punishment: The Rationale of Coercion* (OUP, 2000) 17 ff, especially 20-24; Honderich (n 27) 94 ff.
- (59) 厳密に言う、これは正確ではない。なぜなら、非帰結主義の中には、深層的正当化のレベル以前に、直接的正当化のレベルからして帰結主義と異なる理論が含まれるためである。具体的には、まず、「義務論的制約は、二通りの仕方であられわれ自身の善の追求を統制する。すなわち、第一に、一定の目的を追求してはならないものとして統制し（たとえば、他者の支配を目的とする場合）、第二に、追求することが許されるあるいは義務づけられている目的であっても、そこへ至る手段を統制するのである（たとえば、待ち合わせに遅れないために他人の自転車を盗む場合）」(堂園・前掲注(30) 114頁。傍点は原文による。)。つまり、非帰結主義は、言うなれば目的制約型と手段制約型の二類型に区別されることになる。
- この点、タドロスは、「非帰結主義」として手段制約型を専ら念頭に置いているものと解されるが、これに対してムーアが採用する定義における「義務論」は、目的制約型にあたる。そうするとタドロスは、この種の義務論を、そもそも議論の射程から外していることになる(瀧川・前掲注(46) 12頁注(7) 参照)。この点は本稿 I 3-1 で改めて取り上げる。
- (60) JL Mackie, *Persons and Values. Selected Papers Volume II*, (OUP, 1985) 207. Reprinted in Michael Tonry (ed), *Why Punish? How Much? A Reader On Punishment*, (OUP, 2011) 272; see also Moore (n 29) 154; cf Zaibert (n 27) 188-194. 瀧川・前掲注(46) 2-3 頁も参照。
- (61) Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (first published 1974, with a new foreword by Tomas Nagel, Basic Books, 2013) 28-30. 邦訳として、R・ノージック(嶋津格訳)『アナーキー・国家・ユートピア』(木鐸社、1992年) 43-47頁。
- (62) Duff (n 27) 12; cf Paul H Robinson, *Distributive Principles of Criminal Law* (OUP, 2008) 234-236.
- (63) この部分は奇妙に思われるかもしれない。そのことは、松原・前掲注(22) 77頁注(26) における、積極的／消極的応報主義に関する次の定義と照らし合わせると明らかになる。すなわち、「消極的応報とは、(有責な) 犯罪行為者でなければ罰せられることはないという意味での刑罰の必要条件としての応報をいう。これに対して、積極的応報とは、(有責な) 犯罪行為者は常に罰せられるべきだという意味での刑罰の十分条件としての応報をいう」(なお、Moore (n 29) 154も、マッキーの定義を引きつつ、積極的応報主義は応報の十分条件性を、消極的応報主義は応報

の必要条件性という立場である、と特徴づけている）。

問題となるのは後者である。まず、本稿は積極的応報主義を『「犯罪者であれば刑罰あり」でなければならない』と定義している以上、確かに、犯罪者であることは、刑罰が科せられることの十分条件である。しかし、そうであれば、積極的応報主義をとる場合に、消極的理由が存在するはずはない。なぜなら、犯罪者であることは処罰の十分条件である以上、犯罪者である時点で、他のいかなる事情をまつまでもなく、常に処罰されるはずだからである。

以上の疑義は論理的に正しいと考えられる。そのため本稿は、最初に提示した積極的／消極的応報主義の定義が不十分であったことを認め、これを若干修正する必要がある。この点、上述したものと同様の疑義が、ドリenkoによってムーアに向けられ（David Dolinko, 'Three Mistakes of Retributivism' (1992) 39 UCLA Law Rev 1628-1630）、ムーアはそれに応答しており（Moore (n 29) 173-174）、参考になるため、以下これを筆者なりに敷衍する。

まず我々は、処罰をすべきことの理由（積極的理由）と、処罰をすべきでないことの十分な理由（消極的理由）を区別する。前者について、処罰をすべきことの理由は、論者によって様々でありうる。例えばそれは応報かもしれないし、特別予防の必要性かもしれない。ここで、積極的応報主義とは、「犯罪者であるならば、処罰すべきことの十分な理由がある」という立場のことをいう（ここで十分というのは、処罰すべきことの理由があるというためには応報だけを持ち出せば足りるのであり、特別予防などといった他のものを持ち出す必要はない、という意味である）。しかし、処罰をすべきでないことの理由がどうか、ということは、ここでは何も語られていないのである。なぜムーアがこのような修正を行わなければならないか、という点、次のような批判を回避するためである。すなわちまず、ムーアの採用する積極的応報主義は、「犯罪者ならば」という形式的なものではなく、「罰に値するような形で不正な行為を有責に行ったならば、罰する十分な理由がある」というものである。そこでは、功績原理により、不正かつ有責な行為の道徳的悪性が重ければ重いほど、値する罰も重くなる、という関係が哲学的に前提とされている。そうなると、きわめて重大な行為があった場合には、それに値する罰として拷問刑が導かれる可能性は排除されないが、拷問されない権利は剥奪されないものなのではないか。このような批判である。これに対してムーアは、不正かつ有責な行為の存在は、それに値する処罰をすべきことの十分な理由であって、それとは別個に、拷問すべきでないことの十分な理由は存在しうるものであり、前者が

後者に覆されることはありうる、とするのである。

このように理解する限り、積極的応報主義は、犯罪者であることを処罰の十分条件とするものではない、ということになる。以下では、この理解を前提とする。

- (64) 英米圏における消極的応報主義に関する検討・言及は数多いが、最近においてこの点で興味深い業績を複数公表している論者として、リチャード・L・リップケが挙げられる。Richard L Lippke, 'Elaborating Negative Retributivism' (2015) *Philosophy and Public Issues* 5 (1) 57-71; Lippke, 'Some Surprising Implications of Negative Retributivism' (2014) *J Appl Philos* 31 (1) 49-62; Lippke, 'Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions' (2006) *South J Philos* XLIV 273-295. また、わが国における消極的応報主義の批判的検討として、高橋・前掲注(7) 143-147, 154-157頁、高橋・前掲注(58) 216-220頁参照。
- (65) *Arthur Kaufmann*, *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, JZ 1967, S. 555. 邦訳として、アルトゥール・カウフマン(加藤久雄ほか訳)「刑法における責任思想の理論的および刑事政策的側面」ユルゲン・パウマン編著(佐伯千仞編訳)『新しい刑法典のためのプログラム』(有信堂、1972年)77頁。
- (66) 曾根・前掲注(17) 379頁。
- (67) 中村「刑罰の正当化根拠に関する一考察(4・完)」前掲注(5) 181頁。
- (68) 小池・前掲注(9) 258頁。
- (69) 瀧川・前掲注(46) 11頁注(3)。
- (70) 上に見たように、マッキーは三種類の応報主義を掲げていたが、積極的／消極的と義務的／許容的は各々独立しているため、四つの組み合わせによって記述することも可能である(そして、以下の議論にとっては、そうした方が明快性に資すると思われる。マッキーが四つ目、すなわち許容的消極的応報主義を挙げなかったのは、後述するように、この立場がナンセンスすぎるためではないかと推測される)。参考として、それぞれの立場の帰結を義務論理の言語に置き換えれば、積極的義務的は処罰の命令、消極的義務的は処罰の禁止、積極的許容的は処罰の不要求、消極的許容的は処罰の許容を意味することになり、不要求は命令の否定、許容は禁止の否定という関係にある。命令・禁止・不要求・許容の論理的関係については、杉本一敏「刑法における『法的に空虚な領域』と『放任行為』の論理(上)」早比53巻3号(2020年)11-15頁参照。

- (71) 瀧川・前掲注（46）11頁注（4）。
- (72) *Claus Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: *ders.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 30.
- (73) *Claus Roxin*, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchr-Krim 56 (1973), S. 320. 邦訳として、C・ロクシン（井田良訳）「責任主義についての刑事政策的考察」同（宮澤浩一監訳）『刑法における責任と予防』（成文堂、1984年）60頁。
- (74) Vgl. *Greco*, a.a.O. Anm. (33), S. 248 f.
- (75) 瀧川・前掲注（46）2頁。
- (76) *Moore* (n 29) 93.
- (77) *Ibid.*
- (78) *Tadros* (n 25) 36.
- (79) ちなみに、重畳の折衷主義ではなく、単なる帰結主義的内在主義（具体例として、ごく単純な絶対的応報刑論をイメージされたい）であれば、消極的応報を導入せずとも、積極的理由がそもそも応報しか存在しない以上、犯罪者だけが処罰されることになる。
- (80) *Tadros* (n 25) 36.
- (81) より正確を期するならば、「義務的に根拠づけるものは（許容的には限定づけても）義務的に限定づけることがなく、義務的に限定づけるものは（許容的には根拠づけなくても）義務的に根拠づけることがない」となる。
- (82) この点、周知の通りハートは、刑罰の一般的正当化目的（＝制度全体の正当化目的）と、刑罰の配分原理とを区別して、前者を犯罪予防に求めつつ、後者を応報に求めることは「完全に両立する」と述べた（HLA Hart, *Punishment and Responsibility* (John Gardner ed, 2nd edn, OUP, 2008) 9）。この意味も、消極的理由の概念から適切に理解できる（Cf Don E Scheid, 'Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments' (1997) 10 (2) Can J Law Jurisprud 448 ff. また、ハート説に関するわが国における言及として、上注（64）に掲げた高橋論文のほか、松澤・前掲注（7）49-50頁、瀧川・前掲注（10）22-24頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』〔有斐閣、2013年〕6頁、小林公「刑罰・責任・言語」長尾＝田中編・前掲注（43）105-110頁など参照）。

つまりここでは、刑罰正当化の「積極的理由」は犯罪予防のみに求められるが、それに加えて「消極的理由」として、個別の処罰に際しては犯罪者のみを（責任相

当の刑量でもって) 処罰しなければならないという制約がかけられているのである。言い換えれば、ハートの議論が論理的ないし概念的に正しい理由は、積極的理由と消極的理由が、概念的性質を異にするからである。したがって例えば、この議論と、初期ロールズのようなルール功利主義的基礎づけとは、切り離して理解できる(ロールズ説については、John Rawls, 'Two Concepts of Rules' (1955) 64 (1) *Philos Rev* 3-32。邦訳として、ジョン・ロールズ(深田三徳訳)『二つのルール概念』同(田中成明編訳)『公正としての正義』〔木鐸社、1979年〕289頁以下。さらに、高橋・前掲注(58) 211頁以下、瀧川・前掲注(10) 20-21頁参照)。

なお、ハートの議論は、少なくとも上にみた部分のみでは、なぜ消極的理由という横からの制約をかけられるのかということに関する実質的根拠を示したことにはならない(瀧川・前掲注(10) 23頁参照)。ここでハートが言っているのは、それは論理的／概念的には可能である(そこに矛盾はない)、ということだけなのである(ただし、ハートはその実質的根拠を全く示さなかったわけではない。Hart, *ibid* 21-24, 44 ff. 曾根・前掲注(17) 383-384頁および高橋・前掲注(58) 219頁注(30)も参照)。

最後に、ハートのいう「一般的正当化目的／配分原理」を、「積極的／消極的理由」と同様の論理構造をもつ主張として解釈するならば、わが国でよく知られている「マクロ／ミクロ正当化」解釈(佐伯・同上参照)、すなわち、一般的正当化目的は制度全体に関わる「マクロ正当化」であり、配分原理は個人の処罰に関わる「ミクロ正当化」であるという解釈には、必ずしも理由がないということになる(この点的確な指摘として、松原・前掲注(22) 74頁参照)。なぜなら、刑罰制度全体の正当化根拠の内部でも(あるいは個人の処罰の場面でも)、積極的理由と消極的理由は区別されうるし、常に共に作用しうるためである。これについては以下本文でもすぐに述べる。

(83) *Greco, a.a.O.* Anm. (33), S. 249 f.

(84) 小林憲太郎『「法益」について』立教85号(2012年) 25-27頁参照。

(85) 最近では、刑事立法に対する刑法理論内在的な制約に加えて、憲法的制約もまた重要であることが再確認されている。仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断：刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察」早比53巻1号(2019年) 59頁以下、上田正基『その行為、本当に処罰しますか』(弘文堂、2016年) 3-4頁など参照。ただし、嘉門優『法益論』(成文堂、2019年) 114-116頁も参照。刑罰論の視点から見る場合、立法に際する憲法的制約(の少なくとも一部)は、応報や予防の概念から

直接演繹されるものではなく、かつ、それ自体で刑罰を根拠づけるものでもなく、それを外から制約するところの「消極的理由」である、と考えるのが明らかに合理的であろう。

(86) 高橋・前掲注（7）62頁以下は、犯罪化を正当化するための第一の要件として「国家の介入の正当性」を挙げる。

(87) 現に、ストレートな応報主義（内在主義）に立つムーアは、「刑事立法に関する『リーガル・モラリズムの』、『完全論的』あるいは『自然法』理論」を提唱している。*Moore* (n 29) 186.

(88) この点的的確な指摘として、野村健太郎「国家機関の違法行為と量刑責任」愛学56巻3・4号（2015年）159頁注（91）参照。井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会、2007年）91-92頁も参照。

(89) *Hart* (n 82) 1. 高橋・前掲注（7）144頁も参照。

(90) タドロスの提唱する「刑罰の義務説（the duty view of punishment）」は、非帰結主義的道具主義に立ち、そこにおける非帰結主義的制約として、「手段化禁止原理（means principle）」および「作為・不作為の理論（the doctrine of acts and omissions）」の二つを挙げる。*Tadros* (n 25) 39-40. どちらも、規範倫理学において検討される義務論的制約としては、代表的なものであると言える（例えば、堂園・前掲注（30）113, 120-121頁参照）。いずれにせよ、そこで制約原理として援用されているのは、「応報」ではなく、かつ応報であるべき必然性も存在しないのである。

(91) この点については下注（156）で言及する。

